

Asunto: Acción de Inconstitucionalidad.

Promovente: María del Rosario Piedra Ibarra, Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

María del Rosario Piedra Ibarra, Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso g) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del plazo establecido, promuevo acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 169 Bis y 205 Bis, en su porción normativa "*y multa de trescientos sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización.*", del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Número 499, adicionados mediante Decreto 843 publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el 03 de septiembre de 2021.

Señalo como domicilio legal para oír y recibir todo tipo de notificaciones el ubicado en Periférico Sur 3453, Anexo B, séptimo piso, colonia San Jerónimo Lídice, demarcación territorial Magdalena Contreras, C. P. 10200, Ciudad de México.

Designo como delegadas y delegados, en términos del artículo 59, en relación con el 11, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a Luciana Montaña Pomposo, Cecilia Velasco Aguirre, Tania Sofía Flores Meza, José Cuauhtémoc Gómez Hernández y a Alberto de Jesús Lara Gheno, con cédulas profesionales números 4602032, 10730015, 08721407, 2196579 y 08735629, respectivamente, que las y los acreditan como licenciadas y licenciados en Derecho; asimismo, conforme al artículo 4º de la invocada Ley Reglamentaria, autorizo para oír y recibir notificaciones a las licenciadas Kenia Pérez González, Marisol Mirafuentes de la Rosa y al licenciado Francisco Alan Díaz Cortes; así como a Paola Delgado Courrech y Abraham Sánchez Trejo.

Índice

I.	Nombre y firma de la promovente.....	3
II.	Órganos legislativo y ejecutivo que emitieron y promulgaron las normas generales impugnadas.....	3
III.	Normas generales cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se publicaron.....	3
IV.	Preceptos constitucionales y convencionales que se estiman violados.	4
V.	Derechos fundamentales que se estiman violados.....	4
VI.	Competencia.....	4
VII.	Oportunidad en la promoción.	4
VIII.	Legitimación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover la acción de inconstitucionalidad.....	5
IX.	Introducción.....	6
X.	Conceptos de invalidez.....	7
	PRIMERO.....	7
1.	Parámetro de control de la regularidad constitucional.....	8
A.	Seguridad jurídica y principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad en materia penal.....	8
B.	Principio de proporcionalidad de las penas.....	12
C.	Principio de mínima intervención en materia penal (<i>ultima ratio</i>).....	17
D.	Principio de interés superior de la infancia.....	19
2.	Inconstitucionalidad del artículo 169 Bis del Código Penal guerrerense.....	23
	SEGUNDO.....	45
XI.	Cuestiones relativas a los efectos.....	51
	ANEXOS.....	51

CNDH
M É X I C O

A efecto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 61 de la ley que regula este procedimiento manifiesto:

I. Nombre y firma de la promovente.

María del Rosario Piedra Ibarra, en mi calidad de Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

II. Órganos legislativo y ejecutivo que emitieron y promulgaron las normas generales impugnadas.

A. Congreso del Estado de Guerrero.

B. Gobernador Constitucional del Estado de Guerrero.

III. Normas generales cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se publicaron.

Artículos 169 Bis y 205 Bis, en su porción normativa “y multa de trescientos sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización,” del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Número 499, adicionados mediante Decreto 843 publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el 03 de septiembre del año en curso, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 169 Bis. Abandono injustificado de mujer embarazada

Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, multa de ciento cincuenta a quinientas veces el Valor Diario de la Unidad de Medida y Actualización, y privación de derechos familiares, a quien, a pesar de que este cuente a su disposición de recursos materiales para su subsistencia, abandone a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud.

Pudiéndose incrementar un tercio de las sanciones especificadas en el párrafo anterior, cuando derivado del abandono resultare con lesiones o se haya puesto en riesgo la salud de la mujer embarazada o en riesgo la salud del producto concebido.

De igual manera se incrementará la pena hasta la mitad, cuando derivado del abandono y debido a las lesiones se produjera la muerte de la mujer o la del producto concebido.”

“Artículo 205 Bis. Fraude Familiar

*A quien en detrimento del régimen patrimonial del matrimonio en sociedad conyugal generado durante este o el concubinato, oculte, transfiera o adquiera a nombre de terceros bienes, se le aplicará prisión de uno a cinco años **y multa de trescientos sesenta veces de la Unidad de Medida y Actualización.***"

IV. Preceptos constitucionales y convencionales que se estiman violados.

- 1º, 4º, 14, 16 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 1, 2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

V. Derechos fundamentales que se estiman violados.

- Derecho a la seguridad jurídica.
- Derecho a la protección de la familia.
- Principio legalidad, en su vertiente de taxatividad.
- Principio de proporcionalidad de las penas.
- Principio de interés superior de la infancia y la adolescencia.
- Prohibición de penas inusitadas.

VI. Competencia.

Esa Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y 1 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, toda vez que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas precisadas en el apartado III del presente escrito.

VII. Oportunidad en la promoción.

El artículo 105, fracción II, segundo párrafo, de la Norma Fundamental, así como el diverso 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la

Constitución Federal, disponen que el plazo para la presentación de la demanda de acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la norma impugnada.

La norma cuya inconstitucionalidad se demanda se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Guerrero el 03 de septiembre de 2021, por lo que el plazo para promover el presente medio de control constitucional corre del sábado 04 de ese mes al domingo 03 de octubre de la presente anualidad.

Sin embargo, al ser inhábil el último día para la presentación de la demanda, por disposición expresa del referido artículo 60, la acción puede promoverse el primer día hábil siguiente, por lo que es oportuna al interponerse el día de hoy.

VIII. Legitimación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover la acción de inconstitucionalidad.

El artículo 105, fracción II, inciso g)¹, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos está facultada para plantear la posible inconstitucionalidad de normas generales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México es parte, respecto de legislaciones federales y de las entidades federativas.

De conformidad con dicho precepto constitucional, acudo ante ese Alto Tribunal en mi calidad de Presidenta de este Organismo Autónomo, en los términos del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, aplicable en materia de acciones de inconstitucionalidad,

¹ **Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: (...)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas; (...)."

conforme al diverso 59 del mismo ordenamiento legal. Dicha facultad se encuentra prevista en el artículo 15, fracción XI², de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

IX. Introducción.

Los problemas que actualmente enfrenta nuestro país requieren para su atención una transformación de sus instituciones públicas. Por ello, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) busca acercarse a quienes más lo necesitan y recuperar así la confianza de las personas.

La tarea de la CNDH es y siempre será velar por la defensa de los derechos humanos de todas las personas. En ese sentido, está comprometida a vigilar que se respeten los tratados internacionales, la Constitución y las leyes emanadas de la misma.

Nuestra Norma Fundamental dotó a esta Institución para promover ante esa Suprema Corte de Justicia de la Nación acciones de inconstitucionalidad como garantía constitucional que sirve para velar por un marco jurídico que proteja los derechos humanos y evitar su vulneración por las leyes emitidas por los Congresos federal y/o locales.

El ejercicio de esta atribución no busca, en ningún caso, confrontar o atacar a las instituciones ni mucho menos debilitar nuestro sistema jurídico sino, por el contrario, su objetivo es consolidar y preservar nuestro Estado de Derecho, defendiendo la Constitución y los derechos humanos por ella reconocidos. De esta manera, la finalidad pretendida es generar un marco normativo que haga efectivo el respeto a los derechos y garantías fundamentales.

Así, la presente acción de inconstitucionalidad se encuadra en un contexto de colaboración institucional, previsto en la Norma Suprema con la finalidad de

² **Artículo 15.** El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones: (...)

XI. **Promover las acciones de inconstitucionalidad**, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, y (...).”

contribuir a que se cuente con un régimen normativo que sea compatible con el parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos.

X. Conceptos de invalidez.

PRIMERO. El tipo penal de abandono injustificado de mujer embarazada previsto en el artículo 169 Bis del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, transgrede el derecho a la seguridad jurídica, así como los principios de legalidad en su vertiente de taxatividad, proporcionalidad de las penas, mínima intervención del derecho penal, así como del interés superior de la infancia.

Lo anterior, pues el legislador estableció un delito impreciso en cuanto a la conducta reprochable y a una de las sanciones aplicables, que produce inseguridad jurídica a los destinatarios de la norma.

Asimismo, el tipo penal permite castigar conductas que no deberían ser sancionadas por el derecho penal, además de que se estima que podrían utilizarse medidas menos lesivas e incluso ya existentes, para garantizar la protección del bien jurídico que se pretende proteger.

Finalmente, el establecimiento de delito y de su correspondiente punibilidad es indiferente al principio de interés superior de la niñez, pues no toma en consideración que la medida puede ocasionar mayores afectaciones que beneficios para los infantes y para la familia.

Por lo anterior, se estima que la disposición impugnada contraviene el parámetro de control de la regularidad vigente en nuestro sistema jurídico.

En el presente concepto de invalidez se explicarán las razones por las que esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que el artículo impugnado contraviene el parámetro de control de la regularidad constitucional.

Para estar en posibilidades de evidenciar la inconstitucionalidad aducida, el presente apartado se dividirá en dos secciones principales: en la primera se abordará el parámetro de control de la regularidad aplicable; mientras que el segundo se dedicará concretamente a la vulneración constitucional en que incurre la disposición impugnada.

1. Parámetro de control de la regularidad constitucional

A. Seguridad jurídica y principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad en materia penal

El derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, previstos en los artículos 14 y 16 de la Norma Fundamental, constituyen prerrogativas fundamentales por virtud de las cuales toda persona se encuentra protegida frente al arbitrio de la autoridad estatal.

Con base en el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, una autoridad sólo puede afectar la esfera jurídica de los gobernados con apego a las funciones constitucionales y legales que les son reconocidas. Actuar fuera del marco que regula su actuación redundaría en hacer nugatorio el Estado Constitucional Democrático de Derecho.

En ese sentido, de una interpretación armónica y congruente del contenido de los artículos 14 y 16 constitucionales –que salvaguardan los principios de legalidad y seguridad jurídica del gobernado– se colige que el actuar de todas las autoridades debe estar perfectamente acotada de manera expresa en la ley y debe tener como guía en todo momento, en el ámbito de sus competencias, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Lo anterior, toda vez que en un Estado Constitucional Democrático como el nuestro, no es permisible la afectación a la esfera jurídica de una persona a través de actos de autoridades que no cuenten con un marco normativo que los habilite expresamente para realizarlos, ya que es principio general de derecho que, en salvaguarda de la legalidad, la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le autoriza; por tanto, su actuación debe estar prevista en el texto de la norma, puesto que de otro modo se les dotaría de un poder arbitrario incompatible con el régimen de legalidad.

Ahora bien, como se ha mencionado, los principios de legalidad y seguridad jurídica constituyen un límite al actuar de todo el Estado mexicano. Es decir, el espectro de protección que otorgan dichas prerrogativas no se acota

exclusivamente a la aplicación de las normas y a las autoridades encargadas de llevar a cabo dicho empleo normativo.

Es así como el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad se hacen extensivos al legislador, como creador de las normas, quien se encuentra obligado a establecer disposiciones claras y precisas que no den pauta a una aplicación de la ley arbitraria y, además, a que los gobernados de la norma tenga plena certeza a quién se dirige la disposición, su contenido y la consecuencia de su incumplimiento.

En congruencia con lo anterior, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías encaminadas a asegurar que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona. Es así como una forma de garantizar esta protección es que el actuar de la autoridad se acote en una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Federal.³

Al respecto del principio de legalidad en comento, en materia penal encontramos el mandato del artículo 14, párrafo tercero, de la Norma Fundamental, el cual 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, por lo que 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.⁴

Así, de dicho precepto constitucional deriva el diverso principio de taxatividad, definido como la exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación y configuración de la ley penal. En otras palabras, la descripción típica

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 22, p. 6, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

⁴ Tesis Aislada 1ª. CXCII/2011 (9a) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, octubre de 2011, Décima Época, Libro I, Tomo 2, pág. 1094, del rubro: "PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO SUS POSIBLES DESTINATARIOS."

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

En este sentido, es claro que, en el derecho humano de exacta aplicación de la ley en materia penal, se puede advertir una vertiente consistente en un mandato de “taxatividad”; así, los textos que contengan normas sancionadoras deben describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se puedan aplicar a quienes las realicen.⁵

Atento a ello, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que la conducta objeto de prohibición pueda ser conocida por el destinatario de la norma. En ese orden, los textos que contengan normas sancionadoras deben describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quienes las realicen.⁶

Es decir, la exigencia de racionalidad lingüística, conocida precisamente como principio de taxatividad, constituye un importante límite al legislador penal en un Estado democrático de Derecho en el que subyacen dos valores fundamentales: la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del Derecho.

Lo anterior se traduce en un auténtico deber constitucional del legislador, según el cual está obligado a formular en términos precisos los supuestos de hecho de las normas penales. En otros términos, el principio de taxatividad puede definirse como la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas.⁷

Esto es, el legislador penal, al crear normas que tipifican conductas consideradas antijurídicas, está obligado a velar por que se respete el deber constitucional establecido al efecto, en la especie, el acatamiento de los principios de legalidad en materia penal, tipicidad, plenitud hermética y taxatividad. En otras palabras, es imperativa la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta

⁵*Ibidem.*

⁶ Sentencia del amparo en revisión 448/2010, resultado por la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante sesión de fecha 13 de julio de 2011, pág. 32.

⁷ Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día siete de julio de dos mil quince, al resolver la acción de inconstitucionalidad 95/2014.

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.

Con base en lo anterior, para determinar la tipicidad de una conducta, el legislador debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, el de taxatividad o exigencia de un contenido concreto o unívoco en la labor de tipificación de la ley.

En suma, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma.⁸

Por tanto, el principio de taxatividad exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos. En otras palabras, el derecho de todas las personas a la seguridad jurídica y a la protección de sus derechos se erige paralelamente como la obligación de las autoridades legislativas de establecer leyes que brinden dicha seguridad jurídica y que estén encaminadas a la protección de los derechos.

Cabe precisar, tal como lo ha sostenido ese Alto Tribunal, que el principio de taxatividad no implica que el legislador deba definir cada vocablo o locución que utiliza, ya que ello tornarí­a imposible la función legislativa; sin embargo, lo cierto es que sí obliga al creador de la norma a que los textos legales que contienen normas penales describan, con suficiente precisión, qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas.⁹

⁸ Cfr. Tesis jurisprudencial 1a./J. 54/2014 (10a.), del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, julio de 2014, Décima Época, Materia Constitucional, p. 131, del rubro siguiente: ***“PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS”***.

⁹Tesis jurisprudencial 1a./J. 24/2016 (10a.) de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, mayo de 2016, p. 802 del rubro: y textos ***“TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL. SÓLO OBLIGA AL LEGISLADOR A UNA DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS PENALES Y NO A LA MAYOR PRECISIÓN IMAGINABLE”***.

En consecuencia, aquellas disposiciones penales que contienen una imprecisión excesiva o irrazonable, es decir, un grado de indeterminación tal que provoque en los destinatarios confusión o incertidumbre por no saber cómo actuar ante la norma jurídica; contravienen el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

Para analizar el grado de suficiencia en la claridad y precisión de una expresión no debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente el texto de la ley, sino que se puede acudir a (i) elementos gramaticales, (ii) ejercicios de contraste entre dicha expresión en relación con otras expresiones contenidas en la misma (u otra) disposición normativa, incluso se ha considerado imprescindible atender (iii) al contexto en el cual se desenvuelven las normas, (iv) y a sus posibles destinatarios.¹⁰

Cabe apuntar que ante dichas formulaciones del principio de legalidad en materia penal, deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico.

La tipicidad es un presupuesto indispensable para acreditar el injusto penal y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un Estado Democrático de Derecho.

Lo anterior implica que, al prever las penas, la autoridad legislativa no puede sustraerse del deber de describir las conductas que señalen como merecedoras de sanción penal, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, pues ello es necesario para evitar confusiones en su aplicación, o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza resultará violatoria de la garantía indicada.

B. Principio de proporcionalidad de las penas

Ahora bien, otro de los principios constitucionales que debe observarse en el derecho penal, es el de proporcionalidad en las penas, que se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Constitución Federal, en su primer párrafo, el

¹⁰ Cfr. Tesis jurisprudencial 1a./J. 54/2014 (10a.), referida en la nota al pie de página número 13.

cual prohíbe la instauración de penas inusitadas y trascendentales, a la vez que mandata que todas las sanciones penales deben ser proporcionales al delito cometido. Para mayor claridad, a continuación, se transcribe dicho numeral:

*“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.
(...)”.*

De la literalidad de esta disposición de rango constitucional se desprende que una sanción penal no debe ser absoluta y aplicable a todos los casos, sino que, por el contrario, atendiendo a cada caso en particular, con base en el delito cometido y el bien jurídico tutelado, los operadores jurídicos deben tener la facultad de individualizar la pena.

En tal sentido, el principio de proporcionalidad de las penas se erige como un límite al *ius puniendi*, es decir, en una prohibición de exceso de la injerencia del Estado al momento de establecer las penas, las cuales deben ajustarse al grado de afectación al bien jurídico tutelado. Además, conviene destacar que dicha exigencia opera tanto para el legislador, al momento de crear las normas, como para el operador jurídico, al momento de su aplicación, e incluso en el momento de su ejecución.

De esta manera, en lo que atañe a la labor legislativa, se traduce en una obligación para las autoridades que intervienen en la creación y modificación de las normas, de establecer sanciones razonables en atención al bien jurídico afectado, el grado de culpabilidad del actor, así como las agravantes y atenuantes previstas en el sistema jurídico.

Por otro lado, no se soslaya que el legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la

dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Federal.¹¹

En ese sentido, el legislador tiene la obligación de proporcionar un marco penal que posibilite el respeto al principio de proporcionalidad en abstracto de la pena, en aras de permitir a los operadores jurídicos individualizarla de manera adecuada, al ser este último, quien determina el nivel de la sanción que debe aplicarse en cada caso en concreto.

A mayor abundamiento, en la creación de las penas y el sistema para la imposición de estas, el legislador no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios, como en la especie, lo es el de la proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es no humanitaria, infamante, cruel o excesiva, o, por el contrario, es acorde a los postulados constitucionales.¹²

La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, se refiere a hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo. Esto permite advertir la importancia que tiene el que el órgano legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de estas, para cuando una persona despliega una conducta considerada como delito.¹³

Con base en las consideraciones anteriores podemos válidamente afirmar que el principio de proporcionalidad de la pena constriñe al legislador a establecer una sanción adecuada que corresponda a la gravedad del ilícito, lo cual se determina de acuerdo con lo siguiente:

¹¹Cfr. la tesis de jurisprudencia P./J. 102/2008 del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 599, del rubro: ***“LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.”***

¹²Cfr. la tesis 1ª./J.114/2010, de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, pág. 340, enero 2011, del rubro: ***“PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY.”***

¹³Ídem.

1. Naturaleza del delito cometido.
2. Bien jurídico protegido.
3. Daño causado.

En otras palabras, la magnitud de la pena debe necesariamente corresponder con la gravedad del delito y el grado de culpabilidad de la persona, para que esté en proporción con el daño causado.

A *contrario sensu*, de no actualizarse estas condiciones, estaríamos ante la presencia de sanciones fijas e invariable, aplicables a todos los casos y, por tanto, resultaría una pena excesiva; dando lugar a que pueda considerarse como una pena inusitada, por no señalar un margen para su aplicación por parte del operador jurídico.

En esta tesitura, se reitera que una obligación inherente al legislador es el establecimiento de penas graduables que permitan al juzgador tomar en cuenta los supuestos señalados, es decir, que no es factible el establecimiento de penas absolutas e invariables que imposibiliten la aplicación casuística de las mismas.

En ese orden de ideas, la pena es excesiva cuando la ley no señala bases suficientes para que la autoridad judicial pueda tener elementos para individualizarla; especialmente, cuando la ley no permite establecer su cuantía con relación a la responsabilidad del sujeto infractor.¹⁴

Acorde a lo previsto en los artículos 14 y 22 constitucionales, el legislador debe establecer un sistema de sanciones que permita a la autoridad judicial individualizar suficientemente la pena que decreta, a fin de que el juez pueda determinar justificadamente la sanción respectiva, atendiendo al grado de responsabilidad del sujeto implicado y de conformidad con las circunstancias del asunto.¹⁵

En ese entendido, es claro que mediante un sistema de imposición de sanciones fijas no es factible la individualización de la pena, toda vez que cualquiera que sea

¹⁴Cfr. la Sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 86/2016, resuelta por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18 de junio de 2019, bajo la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández, párr.36.

¹⁵*Ibidem*, párr. 39.

la conducta reprochable y las circunstancias de hecho acaecidas, el lapso de la sanción será siempre, para todos los casos, invariable, con lo cual se cierra la posibilidad de justificar adecuadamente la determinación de la pena, respecto de la culpabilidad del sujeto y las circunstancias en que se produjo la conducta típica.¹⁶

En otras palabras, el establecimiento de este tipo de sanciones absolutas o fijas tendría como consecuencia que el operador jurídico se encuentre imposibilitado para valorar el ilícito tomando en consideración la gravedad del delito y el grado de culpabilidad, para imponer una sanción que se estime justa al estar en consonancia con el *quantum* de la pena dentro de un mínimo y un máximo.

En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la pena debe ser individualizada según las características del delito, la participación del acusado y su grado de culpabilidad. Aunado a que la imposición de sanciones se encuentra sujeta a ciertas garantías procesales y el cumplimiento de estas debe ser estrictamente observado y revisado.¹⁷

En congruencia con lo anterior, para la determinación de la gravedad de la conducta, se debe tomar en cuenta:

- El valor del bien jurídico y su grado de afectación.
- La naturaleza dolosa o culposa de la conducta.
- Los medios empleados.
- Las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho.
- La forma de intervención del sentenciado.¹⁸

Es decir, tomando en cuenta todas las circunstancias especificadas, existe la posibilidad de que el juzgador se mueva dentro de un límite mínimo y un máximo, según su arbitrio y de acuerdo con las circunstancias de ejecución del delito, la gravedad del hecho y las peculiaridades del acusado o del ofendido para obtener el grado de culpabilidad y con éste imponer las sanciones respectivas de forma prudente, discrecional y razonable.

Finalmente, valga decir que la prohibición de penas excesivas guarda relación directa con el respeto a la dignidad e impone un límite a la facultad punitiva del

¹⁶ *Ibidem*, párr. 40.

¹⁷ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁸ *Ídem*.

Estado, de modo que se hace extensivo al legislador para que, en abstracto, propicie el respeto al principio de proporcionalidad y demás principios constitucionales que resulten aplicables.

C. Principio de mínima intervención en materia penal (*ultima ratio*)

El principio de mínima intervención que enmarca la materia penal establece que el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control de ciertas conductas por parte de la política estatal han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales y tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

La decisión de criminalizar un comportamiento humano debe ser la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, en el entendido que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima expresión la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.

Es decir, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, debido a la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. En otras palabras, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado¹⁹.

De esta manera, el ejercicio de la facultad sancionadora criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, aunado a ello, el derecho penal debe ser un instrumento de *ultima ratio* para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo con

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de veinte de noviembre de dos mil nueve, párr. 73.

las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado²⁰.

Si bien la creación de ilícitos responde a la necesidad de que éstos sean un instrumento para la defensa de los valores fundamentales de la comunidad, esto sólo deben emplearse contra los ataques más graves a esos valores (*ultima ratio*) y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley²¹.

Asimismo, el principio en análisis se desdobra en dos subprincipios: el de fragmentariedad, que implica que el derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos; y el de subsidiariedad, conforme al cual, se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal; de ahí que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles²².

Por otra parte, es menester señalar que si bien el legislador tiene un margen de maniobra para emplear su *ius punendi* lo cierto es que la libertad configurativa para regular ciertas materias, como la penal, se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y los tratados internacionales suscritos por México²³, tal como lo es el principio en estudio.

Esto significa que en caso de que el legislador tipifique una conducta, ello debe atender a que no existen otro tipo de medidas menos restrictivas que permitan salvaguardar los bienes jurídicos tutelados, es decir, la medida deberá de guardar

²⁰Cfr. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al veintidós de agosto de dos mil diecinueve, al resolver la acción de inconstitucionalidad 51/2018, p. 27.

²¹Cfr. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al siete de julio de dos mil catorce, al resolver la acción de inconstitucionalidad 11/2013.

²²Cfr. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 51/2018, *Óp. Cit.*, p. 26.

²³Cfr. Jurisprudencia P./J. 11/2016 (10a.), del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, septiembre de 2016, pág. 52, del rubro: "**LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS CONGRESOS ESTATALES. ESTÁ LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS.**"

una estrecha y necesaria conexión con la finalidad legítima, sin que existan otros medios menos lesivos para alcanzarla²⁴.

D. Principio de interés superior de la infancia

Apuntado el alcance del derecho y principios constitucionales a los que se ha hecho referencia, se estima igualmente importante mencionar algunas consideraciones relativas al principio de interés superior de la infancia.

En principio, debe recordarse que la protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes tiene por objeto establecer y garantizar el desarrollo de la personalidad, así como el disfrute de cada uno de los derechos que les han sido reconocidos.

La normativa de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, así como en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos en pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En ese marco regulador, sobresale el principio de interés superior de la niñez, entendido como el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos que les han sido consagrados y cuya observancia permitirá al sujeto su más amplio desenvolvimiento.²⁵

Respecto del principio del interés superior de la niñez, es necesario destacar su reconocimiento en la Norma Suprema, en su artículo 4º, párrafo noveno, que establece:

“Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

(...)

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de

²⁴Cfr. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al treinta de abril de dos mil dieciocho, al resolver la acción de inconstitucionalidad 139/2015, párrs. 60 y 61.

²⁵Cfr. Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2013, párr. 56 y 59.

alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

(...)”.

Igualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció la facultad del Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de niñas, niños y adolescentes, a fin de definir los parámetros sobre los cuales las autoridades, en todos los órdenes de gobierno, deben conducir sus políticas y el contenido de sus normas, así como la distribución de competencias en la materia, velando siempre por el interés superior de la niñez²⁶.

En uso de la facultad constitucional aludida, el Congreso de la Unión emitió la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, la cual establece en su artículo 1º, fracción II, que el objeto de ese ordenamiento será garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano en la materia.

Debe recalcarse que dicha Ley General tiene como pilar fundamental la protección del interés superior de la niñez, pues mandata que dicho principio debe ser considerado de manera primordial en cualquier toma de decisión por parte de las autoridades. Tal imperativo se contiene en el artículo 2, párrafos segundo y tercero, del cuerpo normativo general aludido, el cual a la letra establece:

Artículo 2.

(...)

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector.

²⁶**Artículo 73.** El Congreso tiene facultad:

(...)

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte;

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

(...)”.

Conforme a lo anterior, resulta claro que la Ley General en la materia, emitida por el Congreso de la Unión, contiene por mandato constitucional, los principios y normas que deben observarse por todas las autoridades dentro del territorio nacional a fin de proteger el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y cumplir con los tratados internacionales en la materia.

En el contexto internacional, el artículo 3, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En relación con lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que el objetivo del concepto de interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. Asimismo, ha indicado que es un concepto triple que abarca:

- a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.²⁷

Hasta lo aquí mencionado, se colige que el principio del interés superior de la niñez se erige como eje central en el actuar de todas las autoridades del Estado mexicano cuando se involucren a las niñas, niños y adolescentes, el cual implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.

De esta manera, todas las autoridades tienen el deber de asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se le involucre a niñas, niños y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral.

En ese sentido, el principio del interés superior de la infancia implica que la protección de sus derechos debe realizarse por las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con ellos, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad ya que requieren de una protección especial.

²⁷ Véase la Observación general número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013.

Las consideraciones anteriores fueron recogidas dentro de la tesis de jurisprudencia de clave P./J. 7/2016, Décima Época, materia constitucional, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 10, de rubro y texto siguientes:

“INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES.” *El interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida. Así, todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral. En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad. En esa lógica, cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y éstas inciden sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.*

Por ello, se concluye que tratándose de medidas que puedan afectar los intereses de las niñas, niños y adolescentes, se debe llevarse a cabo un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de aquellas, de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación de sus intereses, y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil y garantice el bienestar integral de las infancias y adolescencias en todo momento.

2. Inconstitucionalidad del artículo 169 Bis del Código Penal guerrerense

Una vez expuesto el contenido y alcance de los derechos y principios constitucionales que se estiman transgredidos, en el presente apartado se contrastarán con el tipo penal de abandono injustificado de mujer embarazada, previsto en el artículo 169 Bis del Código Penal del Estado del Estado Libre y Soberano de Guerrero, número 499, adicionado mediante el Decreto 843 publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el pasado 03 de septiembre de la presente anualidad.

Previo a la exposición de los argumentos que, a juicio de este Organismo Nacional, hacen evidente la incompatibilidad del artículo impugnado con el bloque de constitucionalidad vigente, es necesario hacer algunas aclaraciones y puntualizaciones.

En primer lugar, debe decirse que esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce la intención y labor del legislador local de crear medidas legislativas encaminadas a proteger el bienestar y la integridad física de las mujeres en estado de gravidez, y en general, por procurar a la familia; por lo que, en ninguna circunstancia el objetivo del presente medio de control constitucional debe ser entendido como un obstáculo para garantizar esa protección.

Por el contrario, la finalidad de este Organismo Nacional es que esas medidas legislativas, que buscan proteger a las mujeres y a la familia, sean respetuosas de los derechos humanos reconocidos en nuestra Norma Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, que permita el adecuado funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, aunque las motivaciones del legislador son loables, se estima que la medida legislativa introducida adolece de vicios de inconstitucionalidad pues, por un lado, la norma sanciona conductas no tan gravosas para recurrir al derecho punitivo y, por otro, la regulación que se hace de las mismas es incierta en cuanto a la conducta reprochable y las sanciones correspondientes, además de que no es adecuada para los fines que persigue; por lo tanto, transgrede el derecho a la seguridad jurídica, así como los principios de legalidad en su vertiente de taxatividad, proporcionalidad de las penas, mínima intervención del derecho penal, y principio de interés superior de la infancia.

Para iniciar con el análisis, es pertinente recordar que la norma impugnada es producto del trabajo legislativo publicado en el Periódico Oficial guerrerense el pasado 03 de septiembre del año en curso.

Mediante dicho acto legislativo, se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la codificación penal de la mencionada entidad, entre ellas, se agregó el artículo 169 Bis, cuyo texto se reproduce a continuación:

“Artículo 169 Bis. Abandono injustificado de mujer embarazada

Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, multa de ciento cincuenta a quinientas veces el Valor Diario de la Unidad de Medida y Actualización, y privación de derechos familiares, a quien, a pesar de que este cuente a su disposición de recursos materiales para su subsistencia, abandone a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud.

Pudiéndose incrementar un tercio de las sanciones especificadas en el párrafo anterior, cuando derivado del abandono resultare con lesiones o se haya puesto en riesgo la salud de la mujer embarazada o en riesgo la salud del producto concebido.

De igual manera se incrementará la pena hasta la mitad, cuando derivado del abandono y debido a las lesiones se produjera la muerte de la mujer o la del producto concebido.”

Teniendo claro el contenido del precepto trasunto, este Organismo Autónomo procede a elaborar un análisis del tipo penal a la luz de los elementos de la teoría del derecho penal.

Tipo penal de abandono injustificado de mujer embarazada.	
Elementos objetivos	<p>Conducta: de acción. Abandonar a una mujer que ha sido embarazada por el sujeto activo y que carezca de recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud.</p>
	<p>Resultado: En el tipo básico: es un delito formal pues no exige un resultado, pues basta con acreditar el abandono sin la necesidad de demostrar un daño.</p> <p>En las agravantes del delito:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Material: pues derivado del abandono deberán presentarse lesiones o la muerte de la mujer o del producto concebido. • De peligro: basta con que se ponga en riesgo la salud de la mujer o del producto concebido.
	<p>Sujeto activo: Si bien el tipo penal establece “a quien” como sujeto activo y aunque pudiera entenderse que será cualquier persona, de la exposición de motivos y por la configuración de la norma, se desprende que será el progenitor del producto concebido.</p>
	<p>Sujeto pasivo: Cualquier mujer embarazada y el producto de la concepción.</p>
	<p>Objeto material: Mujer embarazada y el producto de la concepción.</p>
	<p>Bien jurídico tutelado: Peligro para la vida, la salud, bienestar y subsistencia de las mujeres embarazadas y del producto de la concepción.</p>
	<p>Medios de comisión: No se precisa en el tipo.</p>
	<p>Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión: Circunstancia de tiempo y lugar: Puede ser en cualquier momento y lugar siempre que ocurra durante el embarazo de la mujer.</p>

		Circunstancias de modo: que el padre cuente con recursos materiales para su subsistencia y la mujer embarazada no cuente con recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud
Elementos normativos de valoración.	Cultural:	“tener recursos materiales para su subsistencia” y “carecer de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud.”
	Legal:	La disposición no lo precisa.
	Científica:	En el tipo básico: Mujer embarazada. En las agravantes del delito: “lesiones o poner en riesgo la salud” y “debido de las lesiones se produzca la muerte”
Elementos subjetivos:	Dolo:	El sujeto activo deberá conocer que ha embarazado a una mujer y la abandone, a pesar de que cuente a su disposición de recursos materiales para su subsistencia y que ésta carezca de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud, por lo que la conducta deberá ser dolosa.
Penalidad	Prisión:	En el tipo básico: De 6 meses a tres años
	Multa:	En el tipo básico: De 150 a 500 UMAs
	Otra:	En el tipo básico: Privación de derechos familiares.
	En las agravantes del delito:	Cuando se causen lesiones o se pone en riesgo la salud del sujeto pasivo: se incrementarán hasta 1/3 las sanciones especificadas. Cuando se produjera la muerte del sujeto pasivo: se incrementará hasta 1/2 las sanciones especificadas.

Con base en lo expuesto, esta Comisión Nacional estima que diversos elementos constitutivos del tipo contravienen diversos derechos y principios constitucionales, los cuales esencialmente se refieren a lo siguiente:

- La norma establece como verbo rector “*abandonar*”, sin que se delimite correctamente la conducta prohibida, pues ella puede abarcar un gran número de hipótesis.
- Sanciona con pena privativa de prisión al sujeto activo, lo cual tiene un efecto contrario al objetivo expresado por el legislador en su exposición de motivos, toda vez que al ser privado de su libertad no se cumplirá con la

finalidad relativa a garantizar la subsistencia de la mujer embarazada y no abonaría a la protección de la familia.

- Además, la tipificación de la conducta y la sanción aplicable son indiferentes al interés superior de la infancia, pues no responden al derecho de la hija o hijo, cuando nazcan, a mantener una relación con su padre en los primeros años de su vida.
- La conducta prohibida ya se encuentra regulada por una vía menos gravosa, como lo es el derecho civil y familiar²⁸, además de que en el Código punitivo local ya se encuentra previsto el delito de incumplimiento de las obligaciones familiares²⁹; por lo que establecer una conducta sancionable diversa pero que busca la misma finalidad, se constituye como una medida que no amerita ser sancionada por el derecho penal.
- Finalmente, prevé como sanción la privación de los derechos familiares, cuestión que a juicio de este Organismo Nacional es desproporcional por no especificar cuáles derechos serán válidamente privados, permitiendo un margen de arbitrariedad a favor del juzgador, pues será quien determine qué derechos serán privados o bien, si la sanción repercute a la totalidad de estos.

Una vez anunciados de forma concreta y sintética los vicios de constitucionalidad que contiene el artículo impugnado, en seguida este Organismo Nacional procederá a desarrollar cada uno de los argumentos que sostienen esas afirmaciones de forma específica.

Para iniciar con el estudio, es pertinente partir de la finalidad perseguida por el legislador guerrerense al tipificar la conducta de abandono injustificado de mujer embarazada. Sobre esto, dicho órgano parlamentario argumentó que aquel *“tiene como finalidad proteger el bienestar y la integridad física tanto de las mujeres que se*

²⁸ Véase Capítulo III “De los alimentos”, del Título Primero “De las Relaciones y de las Obligaciones Familiares” del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 358.

²⁹ Véase Capítulo I “Incumplimiento de la obligación alimentaria”, del Título Octavo “Delitos contra la familia”, del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 499.

encuentran embarazadas y que, son víctimas de abandono por parte del padre de sus hijos, así como al ser humano que se encuentra en gestación”³⁰.

Asimismo, manifestó que el establecimiento del delito es necesario pues *“afecta directamente a estos sujetos pasivos por la conducta omisiva del activo, al no cumplir con su deber de asistencia familiar y con la obligación preexistente impuesta en la ley de proveer a la madre y al hijo o hija de los elementos económicos indispensables, para atender sus necesidades de subsistencia”³¹.*

Conforme a lo expresado por el legislador, puede decirse que su pretensión fue crear una medida legislativa que garantizara que el progenitor del producto de la concepción cumpla con sus obligaciones alimentarias o de asistencia a favor de la mujer embarazada y el producto concebido.

Teniendo claro cuáles fueron las razones que motivaron al legislador guerrerense a crear el delito de abandono injustificado de mujer embarazada, y confrontado con la lectura del artículo 169 Bis del Código punitivo local, este Organismo protector de derechos humanos llega a la conclusión de que el tipo penal es indeterminado, lo cual redundaría en una transgresión del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, como se explicará enseguida.

Es pertinente recordar que ese principio se define como la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras **describan con suficiente precisión las conductas que están prohibidas, así como las sanciones que se impondrán a quienes incurran en ellas.**

En el caso que nos ocupa, se estima que el artículo impugnado no satisface ninguna de ambas exigencias, ya que no establece con suficiente claridad la conducta reprochable, pues utiliza el término *“abandonar”* como verbo rector del delito, el cual admite varias interpretaciones y el encuadramiento de varios supuestos; y, por otro lado, al determinar que una de las sanciones aplicables es la *privación de derechos familiares*, lo que se constituye como una sanción indeterminada en cuanto a sus alcances. Por ello, el tipo penal contraviene el

³⁰ Véase el dictamen del decreto número 843 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 499, tercer párrafo de la página 27.

³¹ *Ibidem.*

parámetro de control de la regularidad constitucional pues no otorga certeza jurídica para los destinatarios y aplicadores de la norma.

En cuando a la utilización del término *abandonar*, es pertinente referir a las consideraciones de la comisión dictaminadora de Justicia del Congreso del Estado de Guerrero, que en el dictamen respectivo del Decreto 843 por el que se adicionó la norma en combate, y reiterando lo expresado en la exposición de motivos correspondiente, mencionó que *“lo que se entiende en la doctrina penal como el concepto de Abandonar y que gramaticalmente significa, dejar, desamparar, desistir de una cosa. Jurídicamente se concreta en el ámbito penal, al efecto producido por el desamparo en que se deja a una persona, ya se trate de un niño incapaz de cuidarse por si mismo, a una persona mayor enferma, cuando en ambos casos se tiene la obligación de cuidarlos; Al abandono del cónyuge obligado a la atención de su (sic) necesidades de subsistencia”*³².

Por su parte, la Real Academia Española define el término “abandonar” de la siguiente manera:

- 1.tr. Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo. *Han abandonado este edificio.*
- 2.tr. Dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola.
- 3.tr. Dejar un lugar, apartarse de él. *Abandonaron el lugar del suceso.*
- 4.tr. Apoyar, reclinar algo con dejadez. U. m. c. prnl.
- 5.tr. Entregar, confiar algo a una persona o cosa. U. m. c. prnl.
- 6.intr. En el juego o en el deporte, dejar de luchar, darse por vencido. *Al tercer asalto, abandonó.*
- 7.pnrl. Descuidar el aseo y la compostura. *Últimamente se está abandonando mucho.*
- 8.pnrl. Descuidar las obligaciones o los intereses.
- 9.pnrl. Dejarse dominar por afectos, pasiones o vicios.
- 10.pnrl. Caer de ánimo, rendirse en las adversidades y contratiempos.³³

³² Véase el dictamen del Decreto número 843 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 499, tercer párrafo de la página 27.

³³ Real Academia Española, definición de abandonar, localizable en <https://dle.rae.es/abandonar>. (fecha de consulta 28/09/2021)

Acotado lo anterior, debe recordarse que el tipo penal describe la conducta como “a quien, **a pesar** de que este cuente a su disposición de recursos materiales para su subsistencia, **abandone** a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y salud”.

Sentadas esas bases, a juicio de esta Institución Nacional el vocablo “*abandone*” no resulta suficientemente acotado, pues implica una variedad de supuestos que no dan certeza al destinatario de la norma que le permitan conocer con debida seguridad si su conducta amerita una sanción penal por constituir un delito, por ejemplo, dejar un lugar o apartarse físicamente de alguien, alejarse de una situación o persona, o descuidar determinadas obligaciones o deberes, como aquellas vinculadas a cuestiones económicas, educativas, emocionales, afectivas, materiales o cualquier otro tipo de supuestos que pueda entrar en la amplitud del término “*abandonar*”.

Si bien como se hizo referencia, de acuerdo con las razones que expresó el legislador se podría desprender que el objetivo de sancionar esa conducta es que el progenitor del producto de la concepción brinde los medios económicos necesarios de subsistencia a la mujer embarazada; sin embargo, el sentido y configuración del precepto no fue diseñado de tal manera que este sea el único supuesto punible, pues **la descripción normativa de la conducta no exige que el sujeto activo deje de proporcionar dichos medios**; sino que se limita a sancionar el hecho de *abandonar* (en cualquier sentido) al sujeto pasivo, con independencia de si le continúa o sigue proporcionando esos medios de sostenimiento.

Dada su redacción, la norma sanciona penalmente al progenitor que *abandone* a una mujer embarazada siempre que se surtan dos condiciones: que aquél cuente con *recursos materiales* para su subsistencia y que el sujeto activo carezca de los recursos necesarios para atender su alimentación, habitación y salud, **sin que la hipótesis normativa refiera o exija**, como elemento del tipo, **que el infractor efectivamente deje de cumplir con sus obligaciones** de brindar los medios económicos o materiales de subsistencia que requiera.

En otras palabras, la conducta contenida en el artículo que se combate se actualiza cuando el progenitor abandone en cualquiera de sus significaciones a la mujer embarazada, como separarse física o emocionalmente de ella o dejando de satisfacer sus necesidades afectivas, sin que necesariamente se configure una falta a sus obligaciones de brindar los medios económicos para procurar su manutención.

En ese sentido, es evidente que el legislador no configuró el delito en atención a los fines buscados, pues del análisis de los trabajos legislativos podría colegirse que el abandono podría referirse solamente a dejar a la mujer embarazada desprovista de los recursos materiales o económicos necesarios para su subsistencia, esto es, que la deje en estado en que no tenga posibilidad de sobrevivir por sí sola; sin embargo esta no es la conducta que fue regulada en el Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, específicamente en el artículo 169 Bis impugnado, como se puede cotejar del estudio de los elementos de tipo.

Pretender integrar la disposición para que sólo se entienda por “abandono” al desamparo en sentido patrimonial que deje a la mujer embarazada sin alimentación, habitación y salud no está permitida conforme al mandato previsto el artículo 14 de la Ley Suprema, pues conforme a este precepto constitucional, la descripción típica no debe ser vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación, pues para garantizar el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, **ésta debe ser exacta**, para lo que resulta imprescindible que las conductas punibles estén descritas con exactitud y claridad³⁴.

En consecuencia, toda norma penal debe responder a la formulación de taxatividad que supone la exigencia de que el grado de determinación del acto o conducta sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido sin problemas por el destinatario de la norma³⁵.

Por ello, la ley debe quedar redactada de forma tal, que los términos que especifiquen los elementos normativos respectivos sean claros y exactos, lo cual no acontece en el caso que nos ocupa pues no existe exactitud o concisión de la conducta sancionable consistente en “abandonar” a la mujer embarazada.

Esto es así pues la conducta contenida en el artículo que se combate se actualiza cuando el progenitor abandone en cualquiera de sus significaciones a la mujer embarazada, como separarse o apartarse física o emocionalmente de ella, sin que necesariamente se configure una falta a sus obligaciones de proporcionar los medios económicos para procurar su subsistencia.

³⁴ *Cfr.* La sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 47/2016, resuelta en sesión pública por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2018, bajo la ponencia del Ministro Alberto Pérez Dayán.

³⁵ *Ídem.*

Conforme a lo anterior, el legislador guerrerense incumplió con su obligación de emitir normas penales suficientemente claras en cuanto a su tipificación, de tal suerte que la conducta prohibida no está fehacientemente limitada ni relacionada a salvaguardar el bien jurídico tutelado.

No obstante, el principio de taxatividad en materia penal también se violenta por la indeterminación de una de las sanciones que podrá imponer el juzgador por la comisión del ilícito, al prever que al sujeto pasivo se le *privará de los derechos familiares*.

Esta Comisión Nacional estima que el legislador guerrerense no tuvo cuidado en determinar la pena que se refiere a la pérdida de los derechos de familia, toda vez que resulta imprecisa ya que no se sabe con certeza cuáles son los "*derechos familiares*" que podrán privársele al responsable del abandono, toda vez que no los acota de manera específica, razón por la cual se erige como una sanción vaga, contraria al parámetro de regularidad constitucional.

Esto es así pues si se realiza un análisis sistemático de la norma impugnada y el código civil local -que regula lo relativo a las cuestiones de familia-, puede claramente advertirse que los derechos susceptibles de afectación son los siguientes:

- a) adopción;
- b) alimentos
- c) convivencia;
- d) patria potestad y tutela;
- e) cuidado y custodia de los hijos;
- f) visitas y convivencia;
- g) derecho a heredar en sucesión legítima;
- h) derecho de representación de los hijos menores de edad;
- i) lo relativo al patrimonio de familia; y
- j) filiación y los derechos pecuniarios que se deducen de ella.

Acorde con lo anterior, este Organismo Constitucional observa que la pena establecida por la comisión del delito de abandono injustificado de mujer embarazada, regulada en el numeral 169 Bis del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, resulta de tal forma indeterminada que es imposible saber cuáles son los derechos familiares -de aquéllos mencionados- que serán privados a

quien resulte responsable del delito de mérito, dejando un margen amplio de actuación a la autoridad jurisdiccional para que, a su arbitrio, determine cuáles serán los que se pierdan en cada caso.

En este orden de ideas, a las personas que cometan el delito mencionado podrá privárseles de algunos o de la totalidad de los derechos relativos a la familia, configurándose como una pena demasiado amplia e imprecisa, toda vez que no delimita cuáles serían los derechos afectados, o bien, respecto de qué familiares opera tal privación, dejándolo al arbitrio de la autoridad jurisdiccional, en abierta contravención a los derechos a la seguridad jurídica, a la protección de la familia y al principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

En ese sentido, la pena cuestionada genera incertidumbre, pues no se sabe cuáles de la universalidad de derechos implicados se verán afectados, pudiendo ser cualquiera de los *supra* citados, o bien, la totalidad de derechos que se contemplan en el ámbito familiar respecto de todos sus miembros, lo cual se traduciría en una pena desproporcional.

Además de lo anterior, este Organismo Nacional advierte que la sanción de la privación de los derechos familiares también resulta inconstitucional porque no está sujeta a un plazo determinado, pues es omisa en indicar o acotar la duración de la misma, por lo que ello también quedará a discrecionalidad del juez, situación de evidencia que se deja en estado de incertidumbre a los gobernados que no sabrán hasta cuándo surtirá efecto esa privación.

Igualmente, por la redacción de la norma, se trata de una sanción impositiva para el juzgador, ya que no le permite realizar un ejercicio de ponderación en cada caso, ya que deberá aplicar las tres penas señaladas en la norma: prisión de seis meses a tres años, multa de 150 hasta 500 veces el valor de la UMA y privación de derechos familiares, lo que quiere decir que forzosamente deberá privarlo de algún derecho familiar o de todos ellos.

Por tanto, la consecuencia normativa resulta imprecisa al no delimitar cuáles son los derechos de familia que se suspenderían o privarían, ni del tiempo que durará esa pena, dejando al arbitrio esta decisión a la autoridad jurisdiccional en perjuicio de la seguridad jurídica del inculpado y de los sujetos pasivos de este delito.

Así, la determinación de esta sanción no encuentra sustento en algún otro precepto del Código Penal local, sino que para ello es ineludible que el operador de la norma acuda al Código Civil de esa entidad para saber a qué derechos se refiere, por ser el ordenamiento encargado de regular de manera específica esta materia, los cuales ya fueron brevemente enunciados en líneas previas en el presente ocuroso.

Es importante advertir también que la sanción impuesta puede repercutir en otra serie de derechos que parten de la existencia de un vínculo familiar, como pudiera ser de algunas instituciones reconocidas en los ámbitos del derecho de seguridad social y agrario.³⁶

Dicho lo anterior, la sanción vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones, en virtud de que no permite al juzgador prescindir de aplicar la medida de privación de los derechos familiares en un asunto concreto, pues la misma se señala como una pena obligatoria sin posibilidad de que el operador jurídico realice una ponderación caso por caso de la imposición de la misma, lo que podría impactar, a su vez, en una trasgresión al interés superior de la infancia.

Es decir, la disposición establece como pena la aplicación de forma necesaria e irrestricta de la privación de los derechos relativos a la familia, sin atender en cada caso específico a los derechos fundamentales de los sujetos pasivos del delito.

Por lo anterior, resulta imprescindible que el juzgador esté posibilitado por la ley para la aplicación discrecional y la graduación de las medidas necesarias, idóneas y eficaces para proteger los derechos de los menores de edad, lo cual solamente puede ser objetivamente juzgado a la luz de cada caso concreto, a través de un ejercicio de ponderación de los derechos que el operador jurídico realice en beneficio de las niñas y los niños, de conformidad con su interés superior.

En esta tesitura, si la norma no permite al juzgador tal ponderación, al no establecer la posibilidad de que se pueda prescindir de aplicar la medida de pérdida de los derechos familiares en un asunto concreto, la misma resulta violatoria del principio de proporcionalidad.

³⁶ Sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 61/2018, resuelta en sesión del 14 de noviembre de 2019, bajo la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas, p. 30.

Por las anteriores consideraciones, es innegable que la norma no genera un grado de precisión razonable para la imposición de la pena respectiva ni establece un parámetro claro acorde con los casos regulados, lo cual obliga a la autoridad jurisdiccional a inventar o determinar por analogía una sanción en la que determine qué derechos familiares son los que podrían ser suspendidos o privados, en contravención a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional.³⁷

En ese entendido, la incertidumbre que produce la norma genera inseguridad jurídica en la totalidad de sujetos involucrados, incluidas a las víctimas del delito, cuyo ejercicio de sus derechos por encontrarse intrínsecamente vinculados con los del inculcado exige del legislador que exista precisión en la sanción respectiva, atendiendo al tipo de relación familiar y a las circunstancias del caso concreto.

Por lo explicado, esta Comisión Nacional concluye en esta primera parte que, si bien pudiera afirmarse que el establecimiento de ese tipo penal persigue el reconocimiento de un fin legítimo consistente en garantizar la protección a las mujeres embarazadas y del producto de la concepción, se estima que el legislador local no fue cauteloso al determinar la conducta punible ni una de las penas aplicables.

Por ello, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que el legislador local no precisó con suficiente claridad algunos de los elementos de tipo, lo cual se traduce en una transgresión del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad en materia penal.

Al margen de lo anterior, se considera que la norma tildada de inconstitucional – además de ser contraria al deber de seguridad jurídica y legalidad en su vertiente de taxatividad– también afecta el principio de *ultima ratio*, pues antes de punir la conducta a la que se refiere la disposición, el legislador debió optar por otras medidas menos lesivas, pero igualmente efectivas para proteger el bien jurídico tutelado.

Como se desprende del contenido del artículo combatido del multirreferido Código, para la configuración del delito será necesario que el progenitor abandone al sujeto pasivo a pesar de contar con los recursos materiales para su subsistencia y que la madre carezca de recursos necesarios para atender su alimentación,

³⁷ *Ídem*.

habitación y salud; no obstante, como se explicó en líneas previas, la indeterminación de la conducta sancionable es tal que no sólo puede incluir el abandono económico de la mujer embarazada, como en apariencia pareciera que es lo que se intentó punir, sino que el delito, en los términos en los que fue configurado en la ley, puede actualizarse por una diversidad de supuestos, verbigracia, cuando el progenitor se aparte o aleje físicamente de la mujer embarazada y ésta se considere *abandonada*, sin que esto signifique que el infractor efectivamente deje de cumplir con sus obligaciones de brindar los medios subsistencia necesarios para ella.

En ese tenor, dada la amplitud e imprecisión de la conducta, pueda dar lugar a que sean punibles conductas que no deben ser sancionadas por el derecho penal.

Tal como se sostuvo cuando se abundó acerca de la inconstitucionalidad en que incurre el precepto por generar incertidumbre jurídica, por el sentido y configuración del tipo, este no fue confeccionado de manera que sólo se castigue el desamparo económico o material en perjuicio de la mujer embarazada, pues la descripción normativa de la conducta no exige el acreditamiento de que el sujeto activo deje proporcionarle dichos medios; sino que se limita a sancionar el “abandono” en que incurra el sujeto pasivo del delito, independientemente de si le continúa o sigue proporcionando esos medios de sostenimiento que necesita.

Es así como en atención a esta deficiencia en la determinación de la conducta reprochable, este Organismo Nacional estima que el artículo 169 Bis del Código Penal guerrerense permite que se castiguen conductas que no son de tal manera graves para ser sancionables penalmente.

En efecto, este Organismo Nacional considera que la conducta tipificada como delito contenido en el numeral impugnado no está encaminada a la finalidad perseguida por el legislador local, sino que sanciona un supuesto que no garantiza el bienestar ni integridad del sujeto pasivo, máxime que la conducta típica no produce necesariamente un daño al mismo.

Al margen de la amplitud de conductas que puede quedar comprendidas en el tipo penal, esta Comisión Nacional estima necesario poner de relieve que si lo que el legislador de la entidad pretendió proteger fue a la mujer embarazada y al producto de la concepción garantizando que cuenten con los medios necesarios

para su bienestar, y que cuando se produzca el nacimiento el infante y su madre tengan los medios para subsistir, lo cierto es que el legislador pudo recurrir a otras medidas no penales, incluso advertir que algunas ya existen en el orden jurídico de Guerrero, para cumplir con esa finalidad y no dejar desprotegidos determinados bienes jurídicos.

En este entendido, el legislador local debió de acudir a otras medidas legislativas menos lesivas que el derecho penal para lograr que la subsistencia de la mujer y del producto concebido, mediante el cumplimiento de las obligaciones en materia familiar a cargo del sujeto activo.

En este punto debe reiterarse que, como ya se mencionó, el principio de intervención mínima del derecho penal o de *ultima ratio* implica que las sanciones penales se han de limitar para proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.

Si bien es cierto que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza pública, dicha potestad se regula a través de principios, reglas y normas que limitan su actuar para que no se incurra en arbitrariedades en perjuicio de los gobernados.

Así, el *ius puniendi* proveniente del imperio del poder público se encuentra determinado por principios de importancia fundamental que constituyen límites a la potestad punitiva del Estado.

Lo anterior se debe a que la intervención estatal en el ámbito penal implica una intromisión severa en la esfera de derechos de las personas, la cual únicamente encontrará justificación y razonabilidad en la medida en que sea estrictamente indispensable para lograr los objetivos de orden y bienestar social, sin que dicha intromisión, que goza de la cualidad de ser “necesaria” se torne autoritaria y, consecuentemente, arbitraria.³⁸

³⁸Cfr. la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 1380/2015, en sesión del 23 de noviembre de 2016, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 79.

Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el principio de mínima intervención se basa en lo siguiente³⁹:

- El Estado tiene otras alternativas de protección menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal.
- Deben examinarse las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido.
- Debe precisarse la mayor o menor lesividad de dichas medidas.

En este orden de ideas, debido a que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita⁴⁰, el Estado debe tener especial cuidado en ejercer su poder punitivo cuando pueda justificar la necesidad de hacerlo, ya sea para mantener el orden democrático o social y para protegerlo cuando ello no sea así⁴¹.

En el caso que nos ocupa, la medida adoptada por el legislador guerrerense no era necesaria, en virtud de que la finalidad perseguida por el tipo penal en análisis ya puede garantizarse por otros medios incluso ya regulado por la legislación civil. Referente a esta temática, la ley civil establece que *el Estado reconoce en los alimentos una obligación de tipo económico a través de la cual se provee a una persona determinada de los recursos necesarios para cubrir sus necesidades físicas o intelectuales, a fin de que pueda subsistir y cumplir su destino como ser humano*⁴².

Así, en la Codificación sustantiva civil de Guerrero se prevé que la obligación de dar alimentos comprende la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, **los gastos de embarazo y parto**, y que, con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su rehabilitación y desarrollo; respecto de los menores. Además de lo anterior, los alimentos comprenderán los

³⁹Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2009 y Caso Kimel vs Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 02 de mayo de 2008.

⁴⁰Véanse los casos: Ricardo Canes vs Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 104; Kimel vs Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02 de mayo de 2008, párr. 76.

⁴¹Véanse las sentencias de la Primera Sala, al resolver los amparos en revisión 1380/2015, en sesión del 23 de noviembre de 2016, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 79, y 400/2016, en sesión de 11 de enero de 2017, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea.

⁴² Artículo 386 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Numero 358.

gastos para su educación y para proporcionarle oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.⁴³

El citado código también refiere en sus artículos 391, 392, 393, 394 y siguientes⁴⁴ a quiénes corresponde la obligación de dar alimentos, siendo destacable que los cónyuges deberán darse alimentos; que la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en otros que la misma ley señale y que los concubinos estarán obligados, en igual forma, a darse alimentos; por su parte, se establece que **los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos**. A falta o por imposibilidad de ellos, **la obligación recaerá en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. De igual modo se precisó que a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recaerá en los hermanos de padre y madre; en defecto de éstos, los que fueren sólo de padre o madre**. Faltando los parientes referidos, tendrán obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Además, de acuerdo con la ley, los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores. Igualmente, la legislación prevé el aseguramiento de

⁴³ Artículos 387 y 388 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Numero 358.

⁴⁴ "Artículo 391.- Los cónyuges deberán darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en otros que la misma ley señale. Los concubinos estarán obligados, en igual forma, a darse alimentos."

"Artículo 392.- Los padres estarán obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de ellos, la obligación recaerá en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado."

"Artículo 393.- Los hijos estarán obligados a dar alimentos a sus padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo estarán los descendientes más próximos en grado."

"Artículo 394.- A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recaerá en los hermanos de padre y madre; en defecto de éstos, los que fueren sólo de padre o madre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tendrán obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado."

"Artículo 395.- Los hermanos y demás parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tendrán obligación de dar alimentos a los menores, mientras éstos llegan a la edad de dieciocho años. También deberán alimentar a sus parientes, dentro del grado mencionado, que fueren incapaces."

"Artículo 396.- El adoptante y el adoptado tendrán la obligación de darse alimentos en los casos en que la tengan el padre, la madre y los hijos.

Si la adopción fuere plena, el adoptado tendrá, respecto de la familia adoptiva, los mismos derechos y obligaciones que un hijo consanguíneo."

bienes, que podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, embargo, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez⁴⁵.

Hasta aquí, es dable afirmar que lo cierto es que la obligación de dar alimentos o de proveer la subsistencia se puede hacer exigible vía judicial por el derecho civil o familiar independientemente de un posible *abandono*, cuya aplicación conlleva a la finalidad buscada por el legislador guerrerense.

Ahora bien, sólo en caso de que el deudor alimentario incumpla con su obligación de dar alimentos a la persona que tiene derecho a recibirlos y como agravante sea omiso en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias ocurre en incumplimiento de una resolución judicial provisional o definitiva, podrá ser denunciado penalmente por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria a que se refiere el artículo 205 del Código Penal local.

De tal suerte que el artículo impugnado busca tutelar bienes ya protegidos por medios menos restrictivos y que, excepcionalmente, podrá aplicarse el derecho penal por su incumplimiento al existir de forma previa un tipo que ya describía esa conducta. De ahí que el tipo penal que se tilda de inconstitucional no es la medida única, adecuada, necesaria ni idónea para alcanzar la finalidad que persigue.

Por lo tanto, utilizar el derecho penal como medida directa a quienes abandonen a una mujer que saben ha embarazado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de proveerles los medios necesarios para la subsistencia, permite sancionar por la vía más restrictiva conductas que no ameritan una sanción punitiva.

Es así como la tipificación por parte del legislador local de la conducta descrita en el artículo impugnado no resulta idónea ni estrictamente necesaria, pues ya existen otros medios menos lesivos para salvaguardar los bienes jurídicos tutelados y en todo ya había otra norma penal que tenía los mismos fines.

No se soslaya que el objetivo del legislador pudiera ser legítimo, al tratar de proteger a las mujeres embarazadas, el interés superior de la infancia y en términos

⁴⁵ Artículo 403 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Numero 358.

generales, a la familia, sin embargo, se estima que el derecho penal no resulta la vía idónea, única, necesaria y proporcional para lograr los propósitos pretendidos.

A mayor abundamiento, debe hacerse notar ante ese Máximo Tribunal que el delito contenido en la disposición impugnada implica invariablemente la pena privativa de libertad como sanción aplicable de modo que, en caso de que una persona resulte culpable del mismo, compurgará una pena de prisión por el tiempo que determine el juzgador que conozca del asunto y será privado de derechos familiares. Ello, lejos de respetar los bienes jurídicos que el tipo penal salvaguarda, acarreará un perjuicio para los infantes y mujeres embarazadas.

Del examen efectuado al artículo impugnado, como ya se explicó, es posible concluir que la vía penal constituye el mecanismo más lesivo contra las personas cuya conducta encuadre en el delito de abandono injustificado de mujer embarazada, si se pondera que las sanciones consistentes en prisión, multa y pérdida de derechos familiares que se tenga respecto de la víctima en forma genérica, resultan excesivas para garantizar los medios de subsistencia del sujeto pasivo, en relación con el principio de interés superior de la infancia, en tanto las conductas de ninguna manera implican la realización de un daño efectivamente ocasionado, sino sólo una posibilidad, de ahí que se incumpla con el subprincipio de fragmentariedad derivado de la *ultima ratio*.

En esta tesitura, si el objetivo del legislador local es proteger los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad, como pudieran serlo los potenciales nuevos seres que eventualmente nazcan y mujeres embarazadas, el derecho penal no es la vía más adecuada y única para sancionar a quienes pongan en riesgo sus intereses.

En efecto, si la *ratio legis* consiste en garantizar el bienestar de las mujeres gestantes y del producto de la concepción, resulta claro que el tipo penal resulta desproporcional para lograr el objetivo pretendido.

Especialmente, preocupa a esta Comisión Nacional que ante la tipificación de tal conducta el legislador no haya considerado la posible afectación en los derechos de la infancia, después de producido el nacimiento, ya que por la configuración normativa de la conducta reprochable el juzgador invariablemente deberá sancionar a quien la realice con una pena privativa de libertad y, además, con la privación de los derechos familiares.

Es así como el creador de la norma no consideró que en la conducta típica descrita podría incidir en diversos derechos de los menores de edad, como lo es el de vivir en familia y en el contexto de separación de los padres, a mantener relaciones de convivencia con ambos progenitores, además de que las medidas que entrañan una separación de los menores con uno o ambos de ellos deben ser excepcionales y estar justificadas precisamente en su interés superior. Lo anterior pues, según se puede observar, con la disposición impugnada ni siquiera es factible considerar los derechos del menor de vivir en familia y mantener relaciones de convivencia con ambos padres.⁴⁶

Si bien se advierte que la conducta descrita no afecta en el momento de cometerse el delito al potencial nuevo ser en virtud de que aún no se ha producido su nacimiento, como se dijo, la posibilidad de que el padre se haga acreedor a una pena privativa de libertad afectará, cuando nazca, sus derechos a vivir y convivir con su familia, pudiendo interferir en que mantenga relaciones afectivas a plenitud desde los primeros años de su infancia, pues se recordará que la pena de prisión puede ser de seis meses hasta tres años de prisión.

Además, respecto al mismo delito, también se podría dejar en estado de desprotección de la mujer embarazada pues en caso de que el progenitor sea privado de su libertad, este no podrá otorgarle alimentos si los necesita en ese lapso, por lo que es inconcuso que tampoco la norma satisface su finalidad, que es garantizar el bienestar de la mujer.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que al afectarse la totalidad de los derechos de familia de las personas que sean condenadas por ese delito, también se impediría el ejercicio de los diversos derechos con los que cuenta el sujeto pasivo, a saber: ascendientes, descendientes, colaterales, cónyuges, concubinas y concubenarios.

De igual modo, la condena que declare la privación de los derechos familiares eventualmente podría trascender en perjuicio de los infantes, en contravención de su interés superior, el cual es un grupo social que debe protegerse con especial atención, pues de su redacción indeterminada –la cual ya fue desarrollada en la presente demanda– permite que se prive cualquier derecho de familia respecto de todos sus integrantes.

⁴⁶*Ídem.*

A guisa de ejemplo, conviene mencionar que podría aplicarse la norma en desmedro del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, al generarse una situación de separación injustificada de éstos con sus padres.

Ello dado que, en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 9, los Estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, además de que tal instrumento internacional prevé que los Estados deberán respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

En ese sentido, es necesario mencionar que ese Alto Tribunal ha determinado que el Estado debe resguardar la estabilidad de los niños en su núcleo familiar y garantizar que éstos puedan gozar efectivamente de sus relaciones familiares. Dicha protección es aplicable también al caso de los niños que viven con sus progenitores en reclusión.

Es decir, al privar de los derechos familiares al padre de un menor de edad, por ejemplo, en relación con la convivencia, se niega este derecho también al niño, niña o adolescente y contraviene su interés superior, contemplado tanto en el artículo 4º de la Constitución Federal como 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si bien la finalidad es responsabilizar al progenitor respecto de su obligación de garantizar los medios de subsistencia a favor de la mujer embarazada y del producto de la concepción, lo cierto es que con la privación de la libertad del progenitor y de los derechos familiares se afectará directamente los intereses de la hija o hijo una vez que nazca, pues se separará de su padre por estar en prisión y, además, al perder uno o todos los derechos familiares, se permitirá dejarlo o dejarla en estado de indefensión.

Lo anterior se torna más evidente si se recuerda que por la comisión de la conducta descrita se impondrá, entre otras, la privación de derechos familiares. Esto posibilita que se afecte el interés superior de la infancia, en virtud de que como ya se evidenció en el presente curso, establece la obligación del juzgador de restringirlos en todos los casos, entre los que se encuentran los derechos a la patria potestad, a la convivencia, así como la guarda y custodia de aquellos, sin permitir que los operadores jurídicos realicen una ponderación entre los derechos en

colisión de los menores de edad a los alimentos y su derecho a mantener las relaciones familiares con ambos progenitores.

En este sentido, aunado a que se considera que no debió usarse el derecho penal para castigar las conductas sancionables, la particularidad de una de las penas que deberá aplicarse por el operador jurídico de forma conjuntiva y en automático de la pérdida de los derechos familiares, vulnera el derecho de los menores de edad a vivir en familia y a mantener relaciones, pues establecer de manera irrestricta tal pena, sin permitir que el juzgador pondere los derechos que deben prevalecer en un caso concreto, por lo que se trata de una norma que es contraria al interés superior de la niñez.

En sentido similar se ha pronunciado el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 11/2016, señalando que, si bien las medidas como la pérdida de la patria potestad, la reasignación de la guarda y custodia, así como la privación de un régimen de convivencias, en sí mismas no son inconstitucionales, dichas sanciones deben ser excepcionales y estar justificadas en el interés superior de los menores de edad, por lo cual, más que sanciones a los padres, dichas medidas deben ser entendidas en beneficio de los hijos, razón por la que cuando un operador jurídico las decreta debe valorar que resulten idóneas, necesarias y eficaces conforme a las circunstancias del caso concreto.⁴⁷

Es así como el creador de la norma impugnada no consideró que en la conducta típica descrita puede incidir en diversos derechos de los menores de edad, como lo es el de vivir en familia y en el contexto de separación de los padres, a mantener relaciones de convivencia con ambos progenitores, además de que las medidas que entrañan una separación de los menores con uno o ambos de ellos deben ser excepcionales y estar justificadas precisamente en su interés superior. Lo anterior, pues según se puede observar, con la disposición impugnada ni siquiera es factible considerar los derechos del menor de vivir en familia y mantener relaciones de convivencia con ambos padres.⁴⁸

Si bien se advierte la conducta descrita no afecta en el momento al potencial nuevo ser en virtud de que aún no se ha producido su nacimiento, como se dijo, la

⁴⁷ Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 11/2016, resuelta por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación el 24 de octubre de 2017, páginas 150 a 154.

⁴⁸ *Ídem*.

posibilidad de que uno de sus progenitores se haga acreedor a una pena privativa de libertad y de que le serán privados sus derechos familiares, afectará su derecho a vivir y convivir con su familia, pudiendo interferir en que mantenga relaciones afectivas a plenitud desde los primeros años de su infancia.

Finalmente, se reitera que este Organismo Constitucional Autónomo no se opone de ninguna manera a que el Estado, haciendo uso de la libre configuración de su sistema normativo interno, haya optado por sancionar dicha conducta, pues es consciente de la importancia que implica el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; sin embargo, se considera que dicha labor de creación normativa debe hacerse siempre respetando los derechos humanos y principios consagrados en la Norma Fundamental.

Por las consideraciones expuestas, el artículo 169 bis del Código Penal guerrerense que establece como delito el abandono injustificado de mujer embarazada, debe ser declarado inconstitucional y expulsado del orden jurídico de esa entidad, a fin de garantizar el derecho fundamental de seguridad jurídica, el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y de ultima ratio que rigen en materia penal, así como la proporcionalidad de las sanciones y no contravenir de manera injustificada el derecho a la protección de la familia en perjuicio de niñas, niños, adolescentes y, en general, de aquellos miembros que requieran mayor atención de ésta.

SEGUNDO. La porción normativa *“y multa de trescientos sesenta veces de la unidad de Medida y Actualización”* contenida en el artículo 205 Bis del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Número 499, transgrede el principio de proporcionalidad de las penas, así como la prohibición de penas inusitadas en materia punitiva.

Lo anterior, dado que establece una multa fija como una de las consecuencias jurídicas por la comisión del delito de fraude familiar, lo cual se constituye como una pena absoluta e inflexible que no permite un margen de apreciación para que los operados jurídicos puedan individualizarla de manera casuística, atendiendo a la gravedad del ilícito y al grado de culpabilidad del sujeto activo.

En el presente concepto de invalidez se evidenciará la incompatibilidad de la sanción precisada del artículo impugnado con el bloque de constitucionalidad en nuestro país, por constituirse como multa fija en materia penal.

Ahora bien, conviene manifestar que el parámetro de control de la regularidad constitucional está conformado por el principio de proporcionalidad de las penas y prohibición de penas inusitadas; sin embargo, resulta innecesario volver a reproducir sus alcances toda vez que fueron expuestos en el primer concepto de invalidez en el presente curso.

En razón a lo anterior, lo pertinente será que ese Alto Tribunal constitucional tenga por reproducido todo lo referente al parámetro de regularidad constitucional conformado por los principios constitucionales enunciados.

Apuntado lo anterior, para estar en aptitud de iniciar con el estudio de la norma en comento, a efecto de evidenciar su inconstitucionalidad, conviene recordar que el artículo 22 de la Constitución General, en su primer párrafo, dispone lo siguiente:

*“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras **penas inusitadas** y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sanciones y al bien jurídico afectado.*

De ahí que una sanción penal no debe ser absoluta y aplicable indistintamente a todos los casos, sino que, por el contrario, deberá atender a cada caso en particular, con base en el delito cometido y en el bien jurídico tutelado, los operadores jurídicos deben tener la oportunidad de individualizar la pena.

Teniendo claro el mandato constitucional, ahora debe mencionarse que el pasado 03 de septiembre del año en curso, el legislador de Guerrero tuvo a bien adicionar el artículo 205 bis al Código Penal de la entidad, cuyo texto se reproduce a continuación:

Artículo 205 bis. Fraude familiar.

*A quien en detrimento del régimen patrimonial del matrimonio en sociedad conyugal generado durante este o el concubinato oculte, transfiera o adquiera a nombre de terceros bienes, se le aplicará prisión de uno a cinco años **y multa de trescientos sesenta veces de la Unidad de Medida y Actualización.**”*

Conforme a la norma, quien actualice la hipótesis normativa, las sanciones que dictará el juez que conoce de la causa serán:

1. Pena de prisión de 1 a 5 años.
2. **Multa de trescientos sesenta veces de la Unidad y Actualización.**

Al respecto, esta Comisión Nacional estima que el legislador local no tuvo cuidado en el establecimiento de la multa pecuniaria, pues estatuyó una sanción inflexible que no le permite al operador jurídico individualizarla en cada caso concreto.

En efecto, la porción normativa se constituye como una pena invariable, por no establecer límites mínimos y máximos para su aplicación, lo que acarrea como consecuencia que, al momento de la configuración del tipo penal, el juzgador se encuentre imposibilitado para individualizarla, tomando en cuenta factores como el daño al bien jurídico tutelado, el grado de reprochabilidad del sujeto activo, entre otros.

Así, el *quantum* de la multa no corresponde a la gravedad del delito y el grado de culpabilidad de la persona toda vez siempre será exigible la cantidad de 360 UMAs lo cual devela que indudablemente estamos ante una sanción fija e invariable, aplicable a todos los casos y, por ende, esto la torna excesiva y da lugar a que se considere como una pena inusitada.

Es así que la multa fija prevista en la disposición impugnada no permite a la autoridad jurisdiccional individualizarla de manera adecuada, es decir que al no señalar una cantidad mínima y una máxima para su aplicación, impide realizar una valoración de los diversos factores que permitan determinar su *quantum* tomando en consideración las particularidades del caso, por tanto, transgrede directamente el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este punto resulta pertinente traer a colación que ese Alto Tribunal, al resolver la acción de inconstitucionalidad 46/2019⁴⁹, señaló que no todas las multas fijas resultan inconstitucionales, es decir, tratándose de conductas totalmente objetivas y que no son impuestas en un procedimiento seguido en forma de juicio, es

⁴⁹ Resuelta por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación el 24 de octubre de 2019.

admisible que las sanciones pecuniarias previstas no establezcan montos mínimos y máximos para su individualización.

A *contrario sensu*, respecto a las sanciones o multas que sean aplicadas en un juicio, las normas que las señalan deben, necesariamente establecer montos mínimos y máximos para su individualización.

En el caso, se estima que se surte el último de los supuestos anotados, pues la norma impugnada se refiere a la imposición de una pena por la comisión de un delito, por lo que es evidente que será aplicada en el proceso respectivo por la autoridad jurisdiccional correspondiente. Esto pues las reglas para la imposición de las penas constituyen una de las facultades esenciales del procedimiento, de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales⁵⁰, que establece que los jueces y tribunales deben estar en posibilidad de establecer las sanciones que señalan para cada delito, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta típica y el grado de culpabilidad del sentenciado.

En congruencia con lo anterior, para la determinación de la gravedad de la conducta se debe considerar y valorar:

- El valor del bien jurídico y su grado de afectación
- La naturaleza dolosa o culposa de la conducta
- Los medios empleados
- Las circunstancias de tiempo, modo lugar u ocasión del hecho
- La forma de intervención del sentenciado

Es decir, tomando en cuenta todas las circunstancias especificadas, existe la posibilidad de que el juzgador se mueva dentro de un parámetro mínimo y un máximo, según su arbitrio y de acuerdo con las circunstancias de ejecución del delito, la gravedad del hecho y las peculiaridades del acusado o del ofendido, para obtener el grado de culpabilidad y con éste imponer las sanciones que correspondan de forma prudente, discrecional y razonable.

Por lo anterior, la multa de 360 UMAs para quien cometa el delito de fraude familiar previsto en el artículo 205 Bis de la codificación penal guerrerense, al ser una multa fija e invariable que no contiene un límite mínimo y un máximo de

⁵⁰ Artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

aplicación, impide que el juzgador individualice la pena y por tanto resulta violatoria de los artículos 14 y 22 de la Constitución General.

Ese Alto Tribunal, en diversos precedentes, ha determinado que las normas que establezcan penas que no señalen las bases suficientes para que la autoridad judicial las individualice al caso concreto son inconstitucionales; específicamente porque no permite establecer su determinación en relación con la responsabilidad del infractor.⁵¹

Debe hacerse notar que normas como en la especie, al estar configurada la multa de forma fija, provoca su inflexibilidad que impide que exista la proporcionalidad y razonabilidad suficientes entre su imposición y la gravedad del delito cometido, habida cuenta que el establecimiento del monto invariable impide que para su aplicación judicial se valoren, entre otros factores, el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para que se individualice entre un mínimo y un máximo, así como el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo.

Por ello, es indudable que el legislador, al reformar las normas penales, está constreñido a lo que señala la Norma Suprema, por lo que, al formular la cuantía de las penas, debe atender a los diversos principios constitucionales, como la proporcionalidad y el sistema de aplicación de las mismas.⁵²

Ahora bien, del análisis del artículo 205 bis del Código Penal guerrerense, es inconcuso que la sanción correspondiente a *multa de trescientos sesenta veces de la Unidad de Medida y actualización* se constituye como una multa fija e invariable,

⁵¹ Tesis de jurisprudencia 1ª./J. 42/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta del Tomo XXX, julio de 2009, página 218, del rubro: ***“INHABILITACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, LOS ARTÍCULOS 129, 131, 133, 136 Y 259 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO QUE ESTABLECEN DICHA PENA POR UN TÉRMINO DE VEINTE AÑOS SIN SEÑALAR LÍMITES MÍNIMOS Y MÁXIMOS DE APLICACIÓN, VIOLAN LOS ARTÍCULOS 14 Y 22 (ESTE ÚLTIMO VIGENTE HASTA ANTES DE LA REFORMA DE 2008) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”***.

Igualmente véanse la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 155/2017 y su acumulada 156/2017, en sesión del 17 de enero de 2020, bajo la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

⁵² Tesis 1ª./J. 114/2020, de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, enero 2011, materia penal-constitucional, pág. 340, del texto siguiente: ***“PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY”***.

contraria al principio de proporcionalidad de las penas y prohibición de penas inusitadas, pues no precisa los elementos suficientes para que el juzgador pueda tener los elementos para su individualización, lo que no permite establecer su *quantum* en relación con la responsabilidad de la persona. Además, el grado de responsabilidad es un elemento central para la medición de la pena y un parámetro de su limitación, pues nadie puede ser castigado más duramente de lo que le es reprochable.

Es por ello que la multa inflexible de 360 UMAs impugnada, resulta contraria a los artículos 14 y 22 constitucionales, por ser una sanción excesiva, desproporcional e inusitada, pues el legislador guerrerense omitió señalar un sistema de sanciones que permitan al juzgador individualizar suficientemente la pena que determine, a fin de que esté en posibilidad de justificar dicha sanción, atendiendo al grado de culpabilidad de la persona y tomando en consideración las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, si se toma en cuenta la multiplicidad de factores que deben estar presentes al momento de que el juzgador deba determinar el *quantum* de la pena a imponer, resulta claro que la porción normativa no permite la individualización de la misma en atención a ellos, toda vez que necesariamente a todas las personas que comentan la conducta se les será impuesta la multa de 360 UMAs.

Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la pena debe ser individualizada según las características del delito, la participación del acusado y su grado de culpabilidad. Aunado a que la imposición de sanciones se encuentra sujeta a ciertas garantías procesales y el cumplimiento de las mismas debe ser estrictamente observado y revisado⁵³.

En ese sentido el Tribunal Regional se ha pronunciado, al examinar el problema que se presenta cuando la legislación interna sanciona sin tomar en cuenta la gravedad de los hechos y los elementos que pueden concurrir en ellos, señalando que si una ley ordena la aplicación de una pena de manera automática y genérica, el juez de la causa no podrá considerar datos básicos para determinar el grado de

⁵³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Dacosta Cadogan vs Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

culpabilidad del agente e individualizar la pena⁵⁴, viéndose obligado a imponer mecánicamente la sanción prevista, para todas las personas responsables del delito.

Por todo lo argumentado, es evidente que el establecimiento de la multa fija de 360 UMAs para todos los casos en los que se actualice el tipo penal de fraude familiar previsto en el artículo 205, no permite la individualización judicial casuística, en virtud de que no importan las circunstancias del hecho, el *quantum* de la sanción respectiva será siempre el mismo, lo que la hace excesiva, desproporcional y, por tanto, inconstitucional, por lo que debe ser expulsada la porción normativa del sistema jurídico de la entidad.

XI. Cuestiones relativas a los efectos.

Se hace especial hincapié en que los argumentos vertidos por esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos sustentan la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, por lo que se solicita atentamente que de ser tildados de inconstitucionales los preceptos impugnados, se extiendan los efectos a todas aquellas normas que estén relacionadas, conforme a lo dispuesto por los artículos 41, fracción IV, y 45, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANEXOS

1. Copia certificada del Acuerdo del Senado de la República por el que se designa a María del Rosario Piedra Ibarra como Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Anexo uno).

Si bien es un hecho notorio que la suscrita tiene el carácter de Presidenta de esta Comisión Nacional, dado que es un dato de dominio público conocido por todos en la sociedad mexicana, respecto del cual no hay duda ni discusión alguna, de conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en términos del artículo 1° de la Ley Reglamentaria de la Materia, lo cual exime de la necesidad de acreditar tal situación, se exhibe dicho documento en copia certificada.

⁵⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 103.

Con fundamento en el artículo 280, primer párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia en términos del artículo 1º, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solicito que en el acuerdo de admisión se ordene la devolución de dicha documental, y que, en sustitución de la misma, se deje en autos copia cotejada por el secretario que corresponda, toda vez que el documento antes descrito es de utilidad para los fines que persigue este Organismo Constitucional.

2. Copia simple del Periódico Oficial del Estado de Guerrero del 03 de septiembre de 2021, que contiene el Decreto número 843 por el que se reformó el Código Penal de esa entidad (Anexo dos).

3. Disco compacto que contiene la versión electrónica del presente escrito (Anexo tres).

Por lo antes expuesto y fundado, a ustedes, Ministras y Ministros integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atentamente pido:

PRIMERO. Tener por presentada la acción de inconstitucionalidad que promuevo como Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

SEGUNDO. Admitir a trámite la presente demanda de acción de inconstitucionalidad en sus términos.

TERCERO. Tener por designadas como delegadas y autorizadas a las personas profesionistas indicadas al inicio de este escrito, así como por señalado domicilio para oír y recibir notificaciones y documentos. Asimismo, se solicita acordar que las personas a que se hace referencia puedan tomar registro fotográfico u obtener copias simples de las actuaciones que se generen en el trámite de la presente acción de inconstitucionalidad.

CUARTO. Admitir los anexos ofrecidos en el capítulo correspondiente.

QUINTO. En el momento procesal oportuno, declarar fundados los conceptos de invalidez y la inconstitucionalidad e inconveniencia de las normas impugnadas.

SEXTO. En su caso, se solicita a ese Alto Tribunal, que al dictar sentencia corrija los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados, así como de los conceptos de invalidez planteados en la demanda.

Ciudad de México, a 04 de octubre de 2021.

**MTRA. MARÍA DEL ROSARIO PIEDRA IBARRA
PRESIDENTA DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

LMP/TSM

