**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 113/2015 Y SU ACUMULADA 116/2015.**

En sesión de veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, el Tribunal Pleno determinó declarar la invalidez de los artículos 335 y 401, Fracción XVIII, del Código Penal impugnado, y en vía de consecuencia la de los artículos 46, Fracción IX, 336, 337, párrafos primero y segundo, en las porciones normativas “o calumnia”, 338, en la porción “o calumnia” y 341, en la porción normativa “ni de la calumnia”, del Código Penal para el Estado de Nayarit.

Coincido sustancialmente con la decisión aprobada en el Tribunal Pleno; sin embargo, formulo algunas precisiones sobre las reservas que manifesté en la sesión en la que se discutió el presente asunto.

1. En el considerando sexto, el Tribunal Pleno establece que la norma impugnada es violatoria de los derechos humanos de libertad de expresión y derecho a la información, de legalidad, seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley penal en su vertiente de taxatividad, por lo que declaró la invalidez del artículo 335 del Código Penal del Estado de Nayarit.

Respecto de este apartado de la sentencia comparto el sentido; sin embargo, mi voto únicamente se sustenta en que la norma impugnada vulnera el principio de exacta aplicación de la ley penal, sin que sea necesario pronunciarse por la violación a la libertad de expresión y el derecho a la información. Estimo que en la propia sentencia se contienen las razones para concluir que se afecta el principio de taxatividad. Son las siguientes:

•El legislador utilizó lo que la doctrina penal conoce como un delito de peligro, estableciendo una sanción, por la simple puesta en peligro de la violación al derecho al honor y, no por la concreción del daño.

•El legislador no consideró que la conducta debía realizarse de manera deliberada y con el propósito de dañar a una persona, sino que de su redacción se desprende claramente que se aplicarán las penas de prisión y pecuniaria, a quien haga dicha imputación falsa, aun cuando no se tenga el propósito de dañar a la persona sujeta de la imputación.

•La conducta tipificada como delito resulta sobreinclusiva, pues la norma no precisa si la imputación que penaliza se debe realizar ante alguna autoridad o bien se sancionará la imputación, verbal o escrita, hecha ante cualquier persona o en cualquier foro, lo cual genera incertidumbre jurídica, al ser el aplicador quien determinará el contenido de esa expresión normativa.

•La descripción típica adolece de las precisiones necesarias a efecto de considerar que no se restringe de manera innecesaria la libertad de expresión pues no se estableció la finalidad que debía perseguirse con la atribución que se haga, ni se especificó el daño que debía producirse con ello, a efecto de que el sujeto activo se hiciera merecedor a una sanción penal como la expresión más represiva de la acción del Estado.

•Se enfatiza que si los ciudadanos tienen dudas sobre si su comportamiento puede o no ser incluido bajo la amplia noción de “calumnia”, renunciarán, por temor, a ejercer su derecho a la libre expresión y se refugiarán en la autocensura.

Consideraciones que estimo suficientes para concluir que el artículo impugnado es ambiguo y genera inseguridad jurídica.

Como lo he manifestado en otros asuntos como en la acción de inconstitucionalidad 29/2011, de sesión de veinte de junio de dos mil trece donde se analizó el artículo 373[[1]](#footnote-1) del Código Penal para el Estado

de Veracruz, basta que las consideraciones se centren en el aspecto técnico (violación al principio de taxatividad) y que la irregularidad que presentaba el artículo respecto de aquel era suficiente para invalidarlo, respecto de las demás consideraciones del proyecto implicarían un estudio de otra naturaleza, por lo que me separe de ellas. A las consideraciones adicionales que hice referencia son las relativas a que el artículo 373 del ordenamiento antes mencionado, porque no estaba cuidadosamente diseñado para inferir lo menos posible frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, por no cumplir adecuadamente con el requisito de necesidad exigido para toda responsabilidad ulterior al ejercicio ilegítimo de la expresión. Dicho parámetro tiene como nota central los requisitos que ha fijado la Corte Interamericana para que puedan establecerse responsabilidades ulteriores como límites a la libertad de expresión.

Por tanto, estimo que debió priorizarse el estudio de taxatividad antes que el relativo a la libertad de expresión; desde mi perspectiva con las propias consideraciones del proyecto sólo debió invalidarse la norma por vulnerar el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

2. En el considerando octavo, se dan efectos retroactivos a partir del cuatro de octubre de dos mil quince, fecha en que entró en vigor la Ley que contiene dichos preceptos, correspondiendo a los operadores jurídicos competentes decidir y resolver, en cada caso concreto sujeto a su conocimiento, de acuerdo con los principios generales y disposiciones legales aplicadas en esta materia.

En relación con los efectos de la sentencia, reitero mi oposición a que se impriman efectos retroactivos a la declaración de invalidez de normas generales en la acción de inconstitucionalidad, incluso de disposiciones relativas a la materia penal. Estimo que esos efectos no son propios de un medio de control constitucional abstracto que sólo puede expulsar las normas generales del ordenamiento, sin atender a circunstancias o hechos pasados.

No soslayo lo establecido en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[[2]](#footnote-2), en el que se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el momento a partir del cual surtirán efectos las declaraciones de invalidez de normas generales, y en su segundo párrafo se prevé la prohibición de que tengan efectos retroactivos, salvo en la materia penal.

Tal excepción, no obstante, se dirige más bien a los operadores jurídicos para que sujeten su actuación a esa declaración de invalidez con efectos retroactivos al igual que lo hacen con las normas en materia penal, pero no faculta al Tribunal Pleno para considerar hechos pasados e imprimir efectos retroactivos en la sentencia, con una declaración de invalidez en sí misma retroactiva.

Retomando la jurisprudencia que distingue el concepto de retroactividad de la ley de su aplicación retroactiva, considero que la Ley Reglamentaria ordena la aplicación retroactiva en materia penal conforme a los principios y disposiciones generales en esa materia, pero no faculta a emitir una declaración general retroactiva, de la misma manera como no se permite al legislador emitir leyes retroactivas. En apoyo de esta afirmación cito lo sostenido en las jurisprudencias 1a./J. 78/2010 de la Primera Sala[[3]](#footnote-3) y 2a./J. 87/2004 de la Segunda Sala[[4]](#footnote-4).

En consecuencia, estimo que ordenar en la sentencia los efectos retroactivos de la declaración de invalidez resulta contrario a la característica fundamental del control abstracto, que debe ejercerse con base en la norma tal cual fue emitida por el legislador y con la ponderación que es exigible a ese poder, y no a partir de su aplicación concreta que evidentemente escapa, y está vedada, al emisor de la norma.

**ATENTAMENTE**

**MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS**

HOS

En términos de lo dispuesto en los artículos 3, fracción XXI, 73, fracción II, 111, 113, 116, Octavo y Duodécimo Transitorios de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en el segundo párrafo de artículo 9º del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se testa la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.

1. Artículo 373. A quien, por cualquier medio, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros; de ataques con armas de fuego; o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud; ocasionando la perturbación del orden público, se le impondrá prisión de uno a cuatro años y multa de quinientos a mil días de salario, atendiendo a la alarma o perturbación del orden efectivamente producida”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 45. Las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Rubro: “*RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS.*

El análisis de retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular”. [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, Abril de 2011, página: 285, Registro digital: 162299]. [↑](#footnote-ref-3)
4. Rubro: “*RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA.*

El análisis de la retroactividad de las leyes requiere el estudio de los efectos que una norma tiene sobre situaciones jurídicas definidas al amparo de una ley anterior o sobre los derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificando si la nueva norma los desconoce, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza, el órgano de control de la constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado, desconociendo tales situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley implica verificar si el acto concreto se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez sin afectar situaciones jurídicas definidas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a su entrada en vigor”. [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, Julio de 2004, página: 415, Registro digital: 181024]. [↑](#footnote-ref-4)