

# Inclusión de los delitos fiscales al régimen de excepción penal aplicable a la delincuencia organizada es inconstitucional

## Reforma Fiscal Penal

El presente artículo identifica elementos claros de inconstitucionalidad en la denominada Reforma Fiscal Penal, partiendo de un análisis concreto de la naturaleza y justificación de la regulación especial y excepcional en materia de delincuencia organizada, y la incompatibilidad de la misma, en relación con los delitos fiscales y el trato procesal que debe otorgarse al que comete las conductas delictivas de índole fiscal, que bajo ningún motivo debiera ubicarse en el nivel que la reforma le otorga, al incluirlo de manera forzada y arbitraria en el contexto relativo a la delincuencia organizada

24



M. I. y L.D. Daniel Esquer  
León, Socio de Miramontes  
Soto y Asociados



### INTRODUCCIÓN

El 15 de octubre de 2019 se publicó en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, el dictamen con proyecto de decreto<sup>1</sup> de la denominada Reforma Fiscal Penal, la cual, entre otras modificaciones, endurece las sanciones contra la defraudación fiscal, expedición, enajenación, compra y adquisición de facturación de operaciones simuladas. Asimismo, otorga nuevos alcances en la responsabilidad penal de las personas morales en ese delito, e incluye el calificativo de “delincuencia organizada” a esas conductas a partir del monto de lo defraudado al fisco federal.

<sup>1</sup> <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/oct/20191015-V.pdf>

Cabe destacar que la reforma aprobada fue turnada al Ejecutivo Federal para sus alcances constitucionales,<sup>2</sup> y entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2020, dejando sin efectos todas las disposiciones contrarias a la misma, y para no transgredir la prohibición de aplicación retroactiva, el artículo segundo transitorio del decreto precisa que las conductas cometidas de manera previa a la entrada en vigor de la reforma, que actualicen cualquiera de los delitos materia del decreto, continuarán siendo investigadas, juzgadas y sentenciadas mediante la aplicación de las disposiciones anteriores a esas modificaciones.

El decreto aprobado precisa lo siguiente:

**Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal**

**Artículo Primero.** Se reforma la fracción VIII del artículo 2o. y se adicionan las fracciones VIII Bis y VIII Ter al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para quedar como sigue:

**Artículo 2o. ...**

**I a VIII. ...**

**VIII.** Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación;

**VIII Bis.** Defraudación fiscal, previsto en el artículo 108, y los supuestos de defraudación fiscal equiparada, previstos en los artículos 109, fracciones I y IV, ambos del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

**VIII Ter.** Las conductas previstas en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales que amparan operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;

**Artículo Segundo.** Se reforman las fracciones XI y XII del artículo 5, y se adiciona la fracción XIII al artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional, para quedar como sigue:

**Artículo 5. ...**

**I a X. ...**

**XI.** Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia.

**XII.** Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos, y

**XIII.** Actos ilícitos en contra del fisco federal a los que hace referencia el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

**Artículo Tercero.** Se reforman el párrafo segundo del artículo 187; y el párrafo tercero del artículo 256; y se adicionan un párrafo séptimo con las fracciones I, II y III, recorriéndose en su orden el subsecuente, al artículo 167; y un párrafo tercero al artículo 192, todos del Código Nacional de Procedimientos Penales, para quedar como sigue:

**Artículo 167. Causas de procedencia**

...  
...  
...  
...  
...

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, de la manera siguiente:

**I a XI. ...**

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Fiscal de la Federación, de la siguiente manera:

**I.** Contrabando equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sea calificados;

**II.** Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109,

<sup>2</sup> Cabe señalar que la reforma se publicó en el DOF del 8 de noviembre de 2019

cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y

**III.** La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

...

**Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios.**

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

**I a III.** ...

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado hay celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas. Tampoco serán procedentes los acuerdos reparatorios para las hipótesis previstas en las fracciones, I, II y III del párrafo séptimo del artículo 167 del presente Código.

...

**Artículo 192. Procedencia.**

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

**I a III.** ...

...

La suspensión condicional será improcedente para las hipótesis previstas en las fracciones I, II y III del párrafo séptimo del artículo 167 del presente Código.

**Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad.**

...

...

**I a VII.** ...

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público. Para el caso de delitos fiscales y financieros, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, únicamente podrá ser aplicado el supuesto de la fracción V, en el caso de que el imputado aporte información fidedigna que coadyuve para la investigación y persecución del beneficiario final del mismo delito, tomando en consideración que será este último quien estará obligado a reparar el daño.

...

...

...

**Artículo Cuarto.** Se reforman el artículo 113 Bis y se deroga la fracción III del artículo 113, del Código Fiscal de la Federación, para quedar como sigue:

**Artículo 113.** ...

**I y II.** ...

**III.** Se deroga

**Artículo 113 Bis.** Se impondrá sanción de dos a nueve años de prisión, al que por sí o por interpósita persona, expida, enajene, compre o adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Será sancionado con las mismas penas, al que a sabiendas permita o publique, a través de cualquier medio, anuncios para la adquisición o enajenación de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Cuando el delito sea cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, será destituido del empleo e inhabilitado de uno a diez años para desempeñar cargo o comisión públicos, en adición a la agravante señalada en el artículo 97 de este Código.

*Se requerirá querrela por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para proceder penalmente por este delito.*

*El delito previsto en este artículo, así como el dispuesto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, se podrán perseguir simultáneamente.*

**Artículo Quinto.** *Se adiciona una fracción VIII Bis al Apartado B, del artículo 11 Bis del Código Penal Federal, para quedar como sigue:*

**Artículo 11 Bis. ...**

**A ...**

**I a XVI. ...**

**B. ...**

**I a VIII. ...**

**VIII Bis.** *Del Código Fiscal de la Federación, el delito previsto en el artículo 113 Bis;*

**IX a XXII. ...**

....

...

...

### Transitorios

**Primero.** *El presente Decreto entrará en vigor el día 1o. de enero de 2020.*

**Segundo.** *Al momento de la entrada en vigor del presente Decreto, quedan sin efectos todas las disposiciones contrarias al mismo, no obstante lo anterior, las conductas cometidas antes de la entrada en vigor del presente Decreto que actualicen cualquiera de los delitos previstos en los artículos 113, fracción III y 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, así como el 400 Bis del Código Penal Federal, continuarán siendo investigadas, juzgadas y sentenciadas, mediante la aplicación de dichos preceptos.*

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los objetivos principales de la reforma mencionados en la exposición de motivos son el combate a las personas físicas y morales que facturan operaciones inexistentes, con el propósito de aplicar efectos

fiscales, de manera ilegal, en beneficio de otros contribuyentes y combatir esquemas de evasión a gran escala que realizan simulaciones jurídicas.

La minuta igualmente justifica la reforma, precisando que el delito de expedir, enajenar, comprar o adquirir comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, la defraudación fiscal y su equiparable, son los delitos que más daño generan a la hacienda pública debido a que exceden montos multimillonarios y son cometidos mediante cierto grado de sofisticación y planeación.

Por ello, el planteamiento de la reforma es considerar esas conductas como “amenaza a la seguridad nacional” e incluir esos delitos en el catálogo de los cometidos por la delincuencia organizada, lo cual tendría como consecuencia la prisión preventiva oficiosa, siempre que se rebase un monto específico.

A efecto de que los legisladores contaran con mayores elementos para los trabajos, valoración y análisis de la reforma planteada, se efectuó una dinámica de participación de la sociedad mediante la figura de *parlamento abierto*, en el cual, atento a la descripción de la relatoría de éste, incluido en la exposición de motivos, fue realizado el 11 de octubre de 2019 y participaron 19 ponentes, entre especialistas, académicos, representantes de la sociedad civil y empresarios.

De entre los expositores, destacan opiniones diversas, que en su mayoría califican el proyecto de decreto de reforma como un *exceso legislativo*, un *deterioro* del principio de presunción de inocencia, como *violatoria de Derechos Fundamentales*, e inclusive describen la propuesta como una *herramienta discrecional en manos de la autoridad fiscal, capaz de destruir la competitividad y una medida cautelar drástica a las conductas que impactan la inversión*, entre otras, que al final –debe señalarse– claramente no fueron tomadas en cuenta para la eventual aprobación del proyecto que aquí se analiza.

## DELINCUENCIA ORGANIZADA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el ámbito del Derecho Penal, en 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) precisó que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan

de manera implícita el principio de presunción de inocencia<sup>3</sup> y a partir de la reforma de 2008 en la materia, el principio relativo se incluyó de forma expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), mismo que se ubica en el artículo 20, apartado B, fracción I de la misma, y que la Primera Sala de la SCJN ha definido<sup>4</sup> como:

*...el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad;*

Definiéndolo de igual manera<sup>5</sup> como:

*...un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculpado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos.*

En tal sentido, el denominado principio se entiende como una regla general en el Derecho Penal por su naturaleza como procedimiento sancionador, el cual inclusive se extiende al ámbito administrativo como ha sido definido por la SCJN.<sup>6</sup>

28

## Alcance del principio de presunción de inocencia

El alcance del aludido principio ha sido definido por la Primera Sala de la SCJN al precisar que se trata de un derecho que puede calificarse de *poliédrico*, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal, mismas que se traducen en las reglas siguientes:

**1.** Regla de trato procesal<sup>7</sup> o regla de tratamiento del imputado. Ésta determina la manera en la cual

debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal y que se refiere al derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria.

Esa manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable; es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

**2.** Regla probatoria,<sup>8</sup> que se refiere a las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

**3.** Estándar de prueba o regla de juicio.<sup>9</sup> Es la medida que el principio en comento establece para una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona.

Ese mandato es aplicable al momento de la valoración de la prueba, considerando en esta regla dos normas: **(i)** la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar, y **(ii)** una regla de carga de la prueba, entendida como la que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga ese estándar para condenar.

## Prisión preventiva oficiosa como régimen de excepción

Pese a la consideración del principio aludido, como regla de aplicación general en el procedimiento

<sup>3</sup> No. de Registro 186185. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVI. Tesis P.XXXV/2002, p.14

<sup>4</sup> No. de Registro 2008874. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 17. Abril de 2015. Tomo 23/2015 (10a.), p. 331

<sup>5</sup> No. de Registro 2000124. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro IV. Tomo 3. Tesis 1a I/2012. Enero 2012, p. 2917

<sup>6</sup> Pleno de la SCJN (2014). Contradicción de tesis 200/2013. Jurisprudencia P./J. 43/2014 (10a.). 28 de enero de 2014

<sup>7</sup> No. de Registro 2006092. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo I. Libro 5. Tesis 24/2014, p. 497

<sup>8</sup> No. de Registro 2006093. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo I. Libro 5. Tesis 25/2014, p. 478

<sup>9</sup> No. de Registro 2006091. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo I. Libro 5. Tesis 26/2014, p. 476

penal sancionador, el artículo 19, segundo párrafo de la CPEUM, establece un régimen de excepción a la aplicación de ese lineamiento al incluir la prisión preventiva oficiosa en diversos delitos, entre los que incluye la delincuencia organizada:

*...El Juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.*

...

Por su parte, el artículo 16, noveno párrafo de la CPEUM, señala que la delincuencia organizada se entiende como una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada en los términos de la ley de la materia; esto es, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFCDO), misma que establece las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por alguna persona que forme parte de la delincuencia organizada.<sup>10</sup>

De igual manera, se precisa en el artículo 2 de la LFCDO la hipótesis delictiva, al establecer el supuesto en el cual:

*...tres o más personas se organicen de hecho para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:*

Serán sancionadas por ese solo hecho como miembros de la delincuencia organizada.

### **Naturaleza del delito de delincuencia organizada**

La naturaleza del delito en análisis ha sido definida por jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación (PJF),<sup>11</sup> al precisar detalladamente que puede clasificarse como de **naturaleza plurisubjetiva**, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de *organizarse*, o bien, por el hecho de *acordar hacerlo*; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan.

Por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad. Además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina *de resultado anticipado o cortado*, puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. También es, sin duda, un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento.

El catálogo de delitos que incluye el artículo 2 de la LFCDO, que se sancionan como delincuencia organizada, incluye el terrorismo, financiamiento al terrorismo, terrorismo internacional; contra la salud, falsificación, uso de moneda falsificada a sabiendas y alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, en materia de derechos de autor previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código

<sup>10</sup> Artículo 1 de la LFCDO

<sup>11</sup> No. de Registro 174276. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIV. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis II.2o.P. J/22. Septiembre de 2006, p. 1194

Penal Federal (CPF); acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (LFAFE); tráfico de personas, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración (LMig); tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis, y delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo previstos en los artículos 475 y 476, todos de la Ley General de Salud (LGS); corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; lenocinio de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del CPF, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal; delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Libro Primero, Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (LGPSDTPPAV), excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34; las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (L73CPEUM - LGPSDS); contrabando y su equiparable, previstos

en los artículos 102 y 105, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III del artículo 104 del CFF; los previstos en las fracciones I y II del artículo 8; así como las fracciones I, II y III del artículo 9, estas últimas en relación con el inciso d), y el último párrafo de dicho artículo, todas de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos (LFPSDCMH); contra el ambiente previsto en la fracción IV del artículo 420 del CPF.

### Ampliación del catálogo de delitos perseguibles como delincuencia organizada

De los delitos que previamente se transcriben, debe resaltarse que la materia principal del proyecto de decreto aprobado incluye la ampliación del catálogo de delitos perseguidos como delincuencia organizada, al **adicionar delitos de naturaleza fiscal a la LFCDO**, mediante la adición de las fracciones VIII Bis y VIII Ter al artículo 2 de esa ley, para incluir la defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, fracciones I y IV del CFF, y el delito previsto en el numeral 113 bis de ese ordenamiento, que en el mismo proyecto de decreto se reforma, y se refiere a la expedición, enajenación, compra o adquisición por sí o por interpósita persona de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

De manera preliminar es posible afirmar que **existen suficientes elementos para considerar equivocada e inconstitucional la reforma** que el presente artículo analiza, misma afirmación que encuentra sustento en las consideraciones que en el presente estudio se desarrollan.

### ANTECEDENTES DE LA LFCDO

El término de “delincuencia organizada” (sin incluir el concepto) fue citado por primera vez en la CPEUM,<sup>12</sup> al referir la duplicidad del término de 48 horas para todo indiciado retenido por el Ministerio Público en aquellos casos en los cuales la ley prevea como delincuencia organizada.

<sup>12</sup> DOF del 3-IX-1993. Véase en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4780397&fecha=03/09/1993&cod\\_diario=205842](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4780397&fecha=03/09/1993&cod_diario=205842)

En el proceso legislativo<sup>13</sup> que derivó en la inclusión del concepto en estudio en la CPEUM, el constituyente precisó lo siguiente:

*...las leyes reglamentarias, en su oportunidad, podrán ser más específicas, pero era ya muy urgente poner un dique constitucional sobre todo a la delincuencia organizada...*

*La delincuencia organizada **no se puede aplicar a hipótesis criminales no violentas**, ésta es un fenómeno precedido por características de organización, de permanencia, de comisión de delitos graves que afectan la salud y la tranquilidad pública...*

*(Énfasis añadido.)*

### Convención de Palermo e iniciativa de ley

El 19 de marzo de 1996, el Ejecutivo Federal, como resultado de la ratificación que hizo México a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, conocida como la Convención de Palermo, presentó ante la Cámara de Senadores la “Iniciativa de Ley contra la Delincuencia Organizada”, misma que resalta de su exposición de motivos<sup>14</sup> lo siguiente:

*(Página 1)*

#### I. DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN GENERAL

##### I.1 Presentación del problema y compromisos gubernamentales

*a) Es compromiso del Estado fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada, pues ésta ha manifestado en los últimos tiempos una gran transformación, **observando entre otras tendencias, además de una mayor organización, mayor violencia en su comisión** y su indiscutible transnacionalización, como puede verse en el caso del*

*tráfico internacional de estupefacientes, tráfico de armas, tráfico de personas, entre otros.*

*(Énfasis añadido.)*

*(Página 3)*

#### I.3 Características específicas

*Se entiende a esta forma de delincuencia como una organización permanente con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados, que se agrupan para cometer delitos.*

**Este esquema presenta a una delincuencia de mayor peligrosidad que la común**, ya que permite el reclutamiento de individuos eficientes, entrenamiento especializado, tecnología de punta, capacidad para el “lavado de dinero”, acceso a información privilegiada, continuidad en sus acciones y capacidad de operación que rebasa en el marco existente, la capacidad de reacción de las instituciones de gobierno.

*En síntesis, a nivel internacional se destaca que la delincuencia organizada se identifica por los siguientes atributos: a) No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo); b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad; c) Limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso; d) Permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; **e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los objetivos**; f) Operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores. Cuenta con posiciones perfectamente perfiladas en relación a las cualidades de sus miembros y, en caso de ser necesario, subcontratan servicios externos; g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área*

<sup>13</sup> Citado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). “Constitucionalidad de las figuras de testigo protegido y testigo colaborador”, p. 20. *Decisiones relevantes de la SCJN* No. 71. México. 2014. Véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3788/8.pdf>

<sup>14</sup> Véase en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/1996/03/asun\\_1112\\_19960319\\_745881.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/1996/03/asun_1112_19960319_745881.pdf)



geográfica o sobre determinada “industria” (legítima o ilegítima), ...

(Énfasis añadido.)

(Página 7)

Debe recordarse que **la delincuencia organizada atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia estatal**, generando descomposición social e inestabilidad política. Lo anterior debilita al Estado de Derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los Derechos Fundamentales del ser humano. **Por tal razón, resulta incuestionable que no puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales por razones de orden pasional, circunstancial, de apremio económico, etcétera, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad.**

Cabe señalar que, en gran parte de la exposición de motivos de la iniciativa de la ley en comento, se hace referencia en múltiples formas respecto al narcotráfico como principal justificación de la regulación en materia de delincuencia organizada:

(Énfasis añadido.)

(Página 2)

b) Consciente de la gravedad del problema, el Ejecutivo Federal al definir su política de gobierno, en el mensaje a la nación del primero de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, aseveró, respecto de **una de las manifestaciones más importantes de la delincuencia organizada, que “es intolerable la impunidad al narcotráfico, ya que éste es la mayor amenaza a la seguridad nacional, el más grave riesgo para la salud social y la más cruenta fuente de violencia...**

**...El narcotráfico es la más grave amenaza para la integridad física, mental y moral de los jóvenes; el narcotráfico es la más grave amenaza a la salud de la sociedad; el narcotráfico es la más grave amenaza a la tranquilidad y el orden público; el narcotráfico es la más grave amenaza al Estado de Derecho... y a nuestra seguridad nacional. Por la gravedad de los peligros que representa, el tráfico de drogas debe ser combatido**

por todos los medios, en todo lugar, en todo tiempo y sin titubeos.

(Énfasis añadido.)

(Página 5)

II.2 Estado de la delincuencia organizada en México

Las organizaciones criminales mexicanas, relacionadas sobre todo con delitos contra la salud, se ajustan en gran medida a los patrones universales ya señalados para la delincuencia organizada. **Nos encontramos, en efecto, con un crimen organizado formado en gran parte por las organizaciones para el narcotráfico.**

(Énfasis añadido.)

(Página 10)

Es incuestionable el hecho de que **el problema actual del crimen organizado, en el que sobresa- le el narcotráfico**, es un problema particularmente grave, que no sólo tiene que ver estrictamente con la salud de los mexicanos, sino incluso con la propia soberanía y seguridad de la nación; **por lo que merece una atención “especial”**, en la que se contemplen no sólo los aspectos eminentemente represivos de los medios de control, sino también, y sobre todo, los preventivos, que se deben lograr a través de la actividad coordinada de las diversas dependencias y sectores involucrados. De ahí que el Ejecutivo Federal y señores legisladores del Congreso de la Unión consideremos justificable la creación de una ley especial contra el crimen organizado que contenga toda una política del Estado Mexicano frente a este desafiante fenómeno.

(Énfasis añadido.)

De manera preliminar, es posible afirmar con suma claridad que la justificación de regular la materia de la delincuencia organizada fue sustentada en otorgar las herramientas legales al ente gubernamental, para el combate a los delincuentes en relación **con delitos en los que el uso de la violencia es la característica principal**, o bien, delitos de alto impacto como en el caso del narcotráfico, el cual se consideró en la exposición de motivos como **la mayor amenaza a la seguridad nacional**. En ese tenor puede afirmarse

a partir de tal premisa, que no existió en forma alguna la intención de considerar los **delitos fiscales bajo el calificativo de delincuencia organizada** o en todo caso como amenaza a la seguridad nacional.

## DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La regulación en materia de delincuencia organizada es considerada como un *régimen especial o de excepción*, que en la doctrina se le identifica como “Derecho Penal del Enemigo”, que se traduce en diversas restricciones a garantías constitucionales, principalmente la de libertad o de manera concreta, la relacionada a la excepción del principio de presunción de inocencia, es decir, la consideración de la prisión preventiva oficiosa en los delitos de este tipo.

El autor Gunter Jakobs<sup>15</sup> enfatiza los tres postulados del “Derecho Penal del Enemigo”:

1. *Anticipación de la punibilidad (Delitos de peligro).*
2. *Penas excesivas que corresponden a un derecho de lucha.*
3. *Reducción a las garantías individuales.*

En tal sentido, el autor continúa precisando<sup>10</sup> lo siguiente:

*...el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; el “Derecho Penal del Enemigo” es el de aquellos que responden contra el enemigo y frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra...*

*Frente al llamado “Derecho Penal del Enemigo”, caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, se opone un “Derecho Penal del Ciudadano”, propio de una sociedad de libertades.*

Con relación a lo hasta aquí expuesto, debe precisarse que a partir de que se expide la LFCDO en 1996 y de las Reformas Penales Constitucionales de

2008, con relación al trato procesal que se otorga al delincuente miembro de la delincuencia organizada, se implementó el denominado *régimen especial o de excepción* identificado como “Derecho Penal del Enemigo”, el cual incluyó medidas y reglas de trato procesal,<sup>16</sup> tales como las siguientes:

*a) La figura del arraigo, siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16, párrafo séptimo);*

*b) El concepto de delincuencia organizada, la cual se entiende como una organización de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia (artículo 16, párrafo octavo);*

*c) La retención del Ministerio Público podrá duplicar las cuarenta y ocho horas con las que cuenta para ordenar la libertad o poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial (artículo 16, párrafo noveno);*

*d) La no aplicación expresa de compurgar su pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio (artículo 18, párrafo octavo);*

*e) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias se destinarán centros especiales (artículo 18, párrafo noveno);*

*f) Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (artículo 18, párrafo noveno);*

*g) Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso, el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (artículo 19, párrafo séptimo);*

<sup>15</sup> Citado por Aguilar López, Miguel Ángel. “Presunción de inocencia. Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”. Instituto de la Judicatura Federal, p. 171. 1a. edición. 2015. México. Véase en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2015/Presuncion%20web.pdf>

<sup>16</sup> Aguilar López, Miguel Ángel. “Presunción de inocencia. Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”. Instituto de la Judicatura Federal, p. 174. 1a. edición. 2015. México. Véase en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2015/Presuncion%20web.pdf>

*h) Se acota la garantía de defensa del imputado en virtud de que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, inciso B, fracción III);*

*i) En su carácter de inculpado, se otorgan beneficios al procesado o sentenciado, cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos (artículo 20, inciso B, fracción III, párrafo segundo);*

*j) Las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra (artículo 20, inciso B, fracción V, párrafo segundo); y,*

*k) No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de aquéllos cuyo dominio se declare extinto en sentencia.*

Con base en lo hasta aquí expuesto y analizado, es posible afirmar que existe claramente una regla de trato procesal **considerablemente diferente** y de mayor impacto en un delincuente considerado “miembro de la delincuencia organizada” en comparación con uno ordinario que, entre otros, realiza conductas delictivas de índole fiscal, **lo cual permite advertir sobre la magnitud, alcance y consecuencias de aplicar el denominado “Derecho Penal del Enemigo” al ya identificado como delincuente común que comete un delito fiscal considerado no violento** y claramente como un delito que no es de peligro o considerado amenaza a la seguridad de la nación.

## CLARA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

### Trato igual a iguales y desigual a desiguales

Un miembro de la delincuencia organizada que es considerado de mayor peligrosidad, y que por regla general utiliza la violencia como recurso, es tratado penalmente bajo el régimen especial o de excepción, en el cual –entre otras medidas– se emplea la de prisión preventiva oficiosa.

En ese tenor, **el trato desigual o de excepción que otorga la ley a esos delincuentes, se justifica** por el nivel de peligrosidad que, inclusive, es considerado como una amenaza a la seguridad nacional.

Pretender otorgar el trato desigual o de excepción al delincuente común que comete un delito fiscal, considerado no violento, y que esencialmente no constituye una amenaza a la seguridad nacional, claramente se traduce en una violación al principio de igualdad constitucional.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha precisado en jurisprudencia<sup>17</sup> que, en estricto respeto al principio constitucional en comento, **el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria**, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones de la CPEUM, o expresamente incluidos en ellas.

En tal orden de ideas, ese órgano judicial precisó que cuando la SCJN conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, **debe analizar si tal distinción descansa en una base objetiva y razonable** o si, por lo contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada.

### Prohibición de aplicar penas inusitadas

Considerar como miembro de la delincuencia organizada a un delincuente ordinario, que comete un delito fiscal y que su conducta no tiene el nivel de peligrosidad del delincuente especial considerado *enemigo*, de conformidad con lo expuesto en el presente análisis, implica el tratamiento de prisión preventiva oficiosa al delincuente fiscal y, en ese tenor, debe resaltarse que tal efecto de aplicación anticipada de la pena de cárcel puede claramente traducirse en la violación al artículo 22 de la CPEUM, por considerarse tal medida como una pena inusitada:

El artículo aludido establece, entre otras, la prohibición de aplicar penas inusitadas, y precisa que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado:

<sup>17</sup> No. de Registro 174247. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIV. Jurisprudencia 55/2016, p. 75

**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.*

...

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha precisado que la expresión *inusitado*, se aparta de la interpretación gramatical que a la misma corresponde, y toma un sentido de condena social, la cual puede definirse como la estimación colectiva, general, de toda la sociedad, rechazando como muy graves y desproporcionadas, con la naturaleza del acto penal, determinadas penas.<sup>18</sup>

### Principio de progresividad de los Derechos Humanos

Aplicar el régimen de excepción penal que incluye, entre otras medidas, la de no aplicación del principio de presunción de inocencia a conductas delictivas que tienen una categoría esencialmente de conductas delictivas ordinarias y no violentas, conlleva a la **aplicación de una regla de trato procesal desigual, basado en la arbitrariedad y a una medida regresiva** con relación a la restricción de la libertad de las personas.

En tal orden de ideas, la reforma aprobada vulnera el principio de progresividad y al respecto debe señalarse que la jurisprudencia ha precisado<sup>19</sup> de manera clara que, en relación a los Derechos Humanos, y al principio aludido, el Estado Mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarios en la estructura económica, social, política y cultural del país, de forma tal que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de esos derechos.

En tal sentido, el principio en comento exige a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los

Derechos Humanos, y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, **adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección** a los de quienes se someten al orden jurídico del Estado Mexicano.

### COMENTARIO FINAL

El segundo párrafo del artículo 19 de la CPEUM establece un régimen de excepción al principio de presunción de inocencia, al incluir la prisión preventiva oficiosa en diversos delitos, **entre los que no se incluyen los delitos de índole fiscal**, y en cambio sí se incluye, entre otros, el referido a la delincuencia organizada, que es el lugar donde **el legislador introduce de manera arbitraria los delitos fiscales** y otorga una nueva concepción, sin una base objetiva y razonable al delincuente ordinario, que comete ilícitos fiscales de índole penal no violentos.

La falta de objetividad y razonabilidad, y el calificativo de arbitrariedad de la reforma planteada se deduce con claridad, atendiendo a la naturaleza de la conducta del **delincuente fiscal que no ejerce violencia** para la comisión de tales conductas delictivas; a la naturaleza de la regulación y justificación de la LFCDO, y a los delitos que ubica en su catálogo, todos ellos de alto impacto, y en donde la característica principal es el empleo de la violencia como recurso para la consecución de sus fines delictivos.

La medida aprobada, y que inicia su vigencia a partir del 2020, se estima claramente regresiva y **violatoria del principio de progresividad**, debido a que tal como se analiza y fundamenta en el presente análisis, no existe congruencia en la naturaleza y objetivos planteados en la exposición de motivos de la LFCDO, y en la consideración constitucional y nivel de los delitos que ameritan el **trato procesal desigual** que implica la prisión preventiva oficiosa.

En ese tenor, como resultado de los argumentos que se plantean, puede afirmarse con claridad sobre la inconstitucionalidad de la norma aprobada y sobre la grave afectación a la seguridad jurídica y menoscabo en los Derechos Humanos de las personas sujetas a un proceso penal por delitos fiscales. •

<sup>18</sup> No. de Registro 309773. *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LXI

<sup>19</sup> No. de Registro 2019325. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Jurisprudencia. Segunda Sala de la SCJN. 35/2019, p. 980