

FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY
LICENCIATURA EN DERECHO



“INVIABILIDAD DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EN SU MODALIDAD DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA REALIZADO POR PERSONAS JURÍDICAS”

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

GERARDO TOVAR OLVERA

SANTA CATARINA, N. L.

A 16 DE ABRIL DE 2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULOS

I. LA PERSONAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL

a. Nociones Generales.....	6
i. Mecanismos Informales.....	9
ii. Mecanismos Formales.....	13

II. EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL FORMAL

a. Nociones Generales.....	16
b. Subsidiariedad del Derecho Penal.....	17
i. Práctica Legislativa Penal en México.....	20
ii. Momentos del Ejercicio de la Subsidiariedad.....	23
c. Prevención General y Especial del Derecho Penal: La Pena como Mecanismo de Control Social.....	25
i. Antecedentes Históricos.....	25
ii. Origen de la Pena.....	26
iii. Finalidad de la Pena.....	28
d. Las Personas Morales y el Derecho Penal.....	31
i. Nociones Generales.....	31
ii. Aspectos Procesales.....	34
iii. Defecto en la Organización.....	36
iv. Consecuencias Jurídicas.....	37

III. ANALISIS AL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, ASPECTOS PROCESALES Y GENERALIDADES

a. Nociones Generales.....	39
b. Marco Normativo Actual de la Ley federal Contra la Delincuencia Organizada..	41
c. Cosa Juzgada en Materia de Delincuencia Organizada.....	44
d. Aspectos Procesales de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	45

IV. CRÍTICA AL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EN SU MODALIDAD DE DELINCUENCIA ORGANIZADA. INVIABILIDAD DEL TIPO

a. Nociones Generales.....	49
b. Defraudación Fiscal, Tipo Penal y Generalidades.....	55
c. Defraudación Fiscal Cometida por una Persona Moral en su Modalidad de Delincuencia Organizada.....	58
d. Opinión Jurídica respecto de la Reforma Fiscal y su Inviabilidad para Disminuir la Criminalidad en Este Tipo de Delitos.....	66

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

*A mi madre por que me ha enseñado a luchar por mis
sueños.*

A mi padre que me ha enseñado a ser un hombre.

A ambos por siempre apoyarme en todo lo que hago.

INTRODUCCIÓN

El combate a la delincuencia organizada, el lavado de dinero, las operaciones con recursos de procedencia ilícita así como la defraudación fiscal, la defraudación fiscal equiparada y el contrabando, son sin duda algunos de los más importantes retos que enfrenta el estado moderno; pues son actividades que atentan en contra del estado de Derecho y la estabilidad de las finanzas públicas del estado mexicano, así como de los diversos países del mundo, pues con la globalización, se han creado nuevas y más eficientes maneras de acceso y traspaso de datos, información y capitales alrededor del entramado financiero internacional; con lo cual, se ha visto mermada la capacidad y efectividad con la que los estados detectan dichas actividades.

De igual forma el Fisco Federal deja captar los ingresos por concepto de contribuciones que se evaden a través de las llamadas facturas falsas y las empresas fantasmas que emiten dichas facturas, las cuales en su mayoría son utilizadas no solo para la evasión y la elusión fiscal, sino también para el blanqueo de dinero proveniente de actividades ilícitas, y el posterior financiamiento de estas actividades.

Lo anterior, no ha sido una situación ajena a nuestro país, en donde se estima de acuerdo con información del Grupo de Acción Financiera, tan solo en 2012 representó una pérdida de 484 mil millones de peso para el estado mexicano por contribuciones provenientes del pago del Impuesto Sobre la Renta, el Impuesto al Valor Agregado y las retenciones o cuotas patronales por concepto de seguro social que deben retener los patrones a los trabajadores y que, a través de diversas actividades, tales como la emisión de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, actos falsos o bien, operaciones simuladas, provoca el mismo resultado, mermar la capacidad perceptiva de contribuciones del fisco federal, lo cual se traduce en una falta a la obligación constitucional de todas las personas ya sean físicas o morales de contribuir al gasto público de los tres niveles de manera proporcional y equitativa, obligación la anterior que se tutela en la fracción IV del artículo 31 Constitucional, así como por el artículo 1.- del Código Fiscal de la Federación, los cuales a la letra establecen lo siguiente:

“Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

(....)

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

“Artículo 1o.- Las personas físicas y las morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas.

Las disposiciones de este Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de los que México sea parte.

Sólo mediante ley podrá destinarse una contribución a un gasto público específico.

La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las leyes lo señalen expresamente.

Los estados extranjeros, en casos de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos.

No quedan comprendidas en esta exención las entidades o agencias pertenecientes a dichos estados.

Las personas que de conformidad con las leyes fiscales no estén obligadas a pagar contribuciones, únicamente tendrán las otras obligaciones que establezcan en forma expresa las propias leyes.”

Así pues, el Estado Mexicano recientemente lanzó una reforma a diversas leyes como la Ley Nacional de Seguridad Nacional, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Código Penal Federal, Código Nacional de Procedimientos Penales y Código Fiscal Federal; lo anterior bajo la bandera al combate a la defraudación fiscal y la compra venta de facturas, situación que como bien se mencionó al proemio del presente escrito, ha tomado gran relevancia en los últimos veinte años, sin embargo, ya existen actualmente los mecanismos necesarios para combatir dichas actividades como lo es el procedimiento administrativo del artículo 69-b del Código Fiscal de la Federación, la cancelación de timbres fiscales, la publicación de las llamadas listas negras de empresas con actividades irregulares, entre otros, mecanismos para procesales y no jurisdiccionales con los cuales enfrentar dicho problema.

Lamentablemente, nuestro país viene de un arraigada cultura de la codificación y la tipificación de conductas antisociales, es decir el Estado ha optado por tomar una postura completamente represora ante cualquier tipo de conducta que éste considere lesiva a los intereses del Estado y de la sociedad, cayendo en el extremo de tipificar conductas tan absurdas como lo es el grafiti, actividad que a principios de este milenio cobró un gran auge dentro de los jóvenes de nuestro país y que se vio directamente ligado al fenómeno del pandillerismo y que, tomando como ejemplo el Estado de Nuevo León, en lugar de optar por la implementación de programas sociales y apoyos a la juventud por medio del deporte y la educación se optó por tipificar dicha actividad como un delito y se combatió de la forma más gravosa que tiene el estado, la coacción ejercida por medio del derecho penal.

Lo anterior nos arroja a simple vista una mala técnica legislativa y mal desarrollo legislativo, así como una deficiente aplicación de los mecanismos de control social, que son los medios o herramientas de las que se vale el Estado y la sociedad para inducir tendencias, conductas y valores que deben de prevalecer dentro de una sociedad así como los medios mediante los cuales se harán efectivas el cumplimiento de dichos parámetros y lineamientos que deben de seguir todos los gobernados en aras de contribuir al bien común y lograr la paz social.

Así pues, el presente escrito se conforma de cuatro capítulos, dentro de los cuales se analizarán de manera progresiva y a forma de silogismo lo siguiente:

En el primer capítulo se analizará la teoría de los mecanismos de control social, informales como informales, dentro de los cuales a groso modo se puede decir que lo primeros son aquellos medios al alcance de la sociedad para imponer y guiar conductas, mientras que el segundo si bien es prácticamente lo mismo es se te encuentra en poder del estado; sin embargo dichas conductas no son siempre aceptadas por sus destinatarios y tienden a incumplirse, así pues dichos mecanismos no solo contemplan lo que se debe de hacer, lo que es bueno y lo que es malo, sino que también contemplan lo que se debe de hacer en caso de que no se sigan con los lineamientos preestablecidos, es decir de que forma tanto el estado como la sociedad deben actuar para corregir dichas conductas.

En el segundo capítulo se realiza una crítica al empleo excesivo del Derecho penal a la luz de los principios de subsidiariedad del derecho penal y de última ratio del Derecho penal como mecanismos en control del Estado para corregir conductas violatorias a dispositivos legales o bien a conductas que por su característica puedan llegar a lesionar algún bien jurídico protegido, sin embargo como se podrá ver a lo largo del presente trabajo siendo el Derecho y la ley uno de los medios más eficientes que tiene el Estado para controlar la vida del hombre viviendo en sociedad el Derecho penal es subsidiario a todos los demás medios al alcance del Estado y debe ser usado como *ultima ratio*, es decir debe ser la última instancia utilizada por el Estado para corregir o reprimir dichas conductas y solo cuando hayan sido agotadas efectivamente todas y cada una de los medios previos, éste puede entrar en liza para prever por la conservación del ordenamiento jurídico y de los bienes jurídicos que éste tutela; de igual forma en el dicho capítulo a la luz de dichos principios la práctica legislativa en materia penal en el Estado Mexicano y los diferentes momentos que existen para el ejercicio de dicha subsidiariedad; de igual forma se analiza la consecuencia que la comisión de conductas que acarrea a aquellos que las despliegan, el cual

atendiendo al caso en concreto del presente trabajo se enfocara en la consecuencia o repercusión en su modalidad de pena, su origen y su razón, a la cual se le han dado diversas finalidades y objetivos, sin embargo únicamente se contemplará dicha medida a la luz de la teoría relativa de al pena y la teoría mixta de la pena, así como los principios de las medidas de seguridad los cuales son herramientas dentro del Derecho penal que permiten preventivamente proteger dichos bienes jurídicos protegidos y que no implican una sanción corporal como en la mayoría de los casos implica la imposición de una pena y por último, se analizará el fenómeno de la responsabilidad penal que puede imputarse a las personas jurídicas a la luz de los diferentes sistemas de imputación.

Por otro lado, el tercer capítulo consistirá en un análisis integral de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, así como del delito de defraudación fiscal en su modalidad de delincuencia organizada que contempla dicha ley, el marco normativo actual de la Ley a la luz de las reformas de 2019, y por último se analizarán los aspectos procesales más importantes que impone dicho régimen penal de excepción.

El cuarto capítulo consistirá en una crítica al delito de defraudación fiscal en su modalidad de delincuencia organizada, para lo cual, se analizará primeramente el tipo penal de defraudación fiscal, los elementos de su tipo y las demás generalidades que a este atañen, para posteriormente realizar una crítica, a la luz del tipo penal de delincuencia organizada, de por qué las personas morales en su calidad de contribuyentes no pueden ni deben ser considerados como miembros de la delincuencia organizada o bien, que una eventual defraudación al fisco federal pueda actualizar el delito de delincuencia organizada.

Mientras que la parte final del último capítulo se enfocará en exponer puntalmente una serie de argumentos y razonamientos por los cuales el autor del presente escrito considera que a la luz de la aplicación de los mecanismos de control social y el uso excesivo del derecho penal las recientes reformas lejos de corregir la conducta antisocial consistente en la defraudación fiscal y la compraventa de facturas, lejos de corregir dicho problema impondrán a los contribuyentes activos con menos medios económicos para hacer frente a una contienda judicial la carga de verse inmersos en un procedimiento penal en su forma más gravosa que es aquel régimen de delitos sujetos a prisión preventiva o lo que se le llama el régimen penal de excepción, lo anterior con la finalidad de hacer eco no solo en la conciencia del lector si no de todo aquel que pretenda hacer uso del

derecho penal para prevenir o reprimir conductas y se den cuenta de lo dañino que un uso excesivo del derecho penal puede ser no solo para sociedad misma, si no para los fines de esta.

Capítulo I

LAS PERSONAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL

a. NOCIONES GENERALES

A lo largo de la historia se demostró que el hombre es un ser social por naturaleza, por lo tanto, este necesita de la vida en sociedad y de la interacción con sus semejantes para poder sobrellevar las cargas de la vida, reproducirse y en general, para que en conjunto se cumplan los fines específicos que cada sociedad se haya fijado.

El estado moderno es hoy la representación material de los intereses de la sociedad, el cual, recordando la clásica doctrina del contrato social de Kelsen, la sociedad acuerda delegarle al estado un sinnúmero de facultades, como lo es la facultad de dirimir controversias entre particulares bajo la condición de que será el estado quien deberá de velar por poner a nuestro alcance y disposición todas las herramientas necesarias para cumplimentar dichas metas y para mantener un orden social que permita eficaz y ordenadamente perseguir los fines de la sociedad.

A guisa de ejemplo de lo anterior se puede mencionar la eliminación de la venganza privada, pues como bien sabemos, a raíz de la teoría del contrato social se dejan fuera del control de los gobernados, todos aquellos mecanismos o acciones tendientes a solucionar controversias entre particulares que no sea el medio jurisdiccional, aunque a decir verdad en la actualidad existe la tendencia de abandonar los medios jurisdiccionales de soluciones de controversias para adoptar el Arbitraje y la conciliación como nuevos métodos mediante los cuales los particulares puedan resolver sus diferencias y llegar a acuerdos o soluciones que no dependan de la burocracia, lentitud y costo que representa entablar una contienda judicial en cualquier estado moderno.

Un requisito indispensable para que dichos fines, los cuales se traducen esencialmente en la permanencia del hombre y/o de la sociedad, es que exista un orden social establecido, en el cual, se sigan ciertas normas de conducta que permitan la prosecución de dichos fines, como la salud pública y sobre todo, la preservación de la especie, de la paz y la seguridad social; por lo tanto, el estado visto como el órgano del poder público encargado de velar por la seguridad y la paz dentro de un orden social se basa de distintos medios con los cuales pretende asegurar dicho orden social.

A raíz de lo anterior es que los Gobiernos se valen de numerosas técnicas, mecanismos o sistemas, para asegurar dicha permanencia del hombre en la sociedad y orientar sus conductas de acorde a los estándares preestablecidos por la sociedad y el estado en el que se desarrollan.

Sin embargo, dentro de la pluralidad de técnicas o mecanismos empleados por los estados para dirigir dichas conductas, hace especial eco aquellos mecanismos que se encuentran tanto en poder de los ciudadanos, como en poder del estado, los cuales, han sido un reflejo del sometimiento al cual nos encontramos sujetos los gobernados que vivimos dentro de un estado moderno, sometimiento el anterior, que puede existir a raíz de meras normas morales de conducta o bien, normas que nacen de un procedimiento formal de creación por parte de órganos competentes de los gobiernos, los cuales se ven reflejados en normas de carácter jurídico, mismas que, al igual que las normas de conducta de carácter moral, tienden a proteger intereses de la colectividad y de los individuos posicionados en una escala jerárquica que, denota que para aquellos que detentan el “poder”-entiéndase el estado- imponen o transgreden en mayor o menor manera un bien social protegido y para lo cual, ante estas acciones u omisiones cometidas y vulnerantes de bienes sociales y jurídicos, debe existir una respuesta tanto de la sociedad como del poder público.

Lo anterior se refuerza con lo expresado por Sánchez Sandoval de la siguiente manera, veamos:

“El dominante, por lo general, ha sido un sujeto individual o colectivo autoconsciente, dueño de sí, que ha comprendido su posición de superioridad en los espacios en los espacios en que se ha movido y cuya voluntad ha impuesto destinos a otros individuos o a colectividades humanas.”¹

Como bien se mencionó, existen diversos sistemas doctrinarios relacionados a la comisión de aquellos actos u omisiones que ponen en riesgo el bien social y jurídico; sin embargo el presente capítulo no tiene la finalidad de mencionar cada una de ellas sino que, se enfocará en analizar la doctrina de los Mecanismos de Control Social en sus diferentes vertientes y las consecuencias que una eventual infracción al orden social y jurídico preestablecido acarrearía para el autor de dicha conducta y que se conoce como pena o sanción la cual será analizada a raíz de su finalidad y cómo es que esta es empleada para corregir dichas conductas que en el cuerpo del presente trabajo se catalogan como “antisociales”.

¹ Sánchez Sandoval, Augusto. “Sistemas ideológicos y control social”. 2005. Disponible en línea: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 2, 2005 > <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1634-sistemas-ideologicos-y-control-social-2a-reimp> > (Consulta: 12 de Marzo, 2020).

Los anteriores, han sido definidos por la sociología criminal estadounidense de George Herbert Mead² como mecanismos de control social, los cuales se establecen en diversos niveles y áreas específicas con dos propósitos:

1. Establecer las normas y directrices de conducta que una sociedad debe de adoptar y que son considerados como buenos para sociedad y,
2. Por el contrario, establece los mecanismos para corregir dichas conductas, las cuales pueden ser denominadas como “antisociales” y transgreden dichas normas de conductas en diferentes niveles y grados, para los cuales existen diversos medios de corrección.

Sírvase a lo anterior la siguiente:

“La desobediencia a las normas sociales de control que han impuesto los sujetos que controlan el poder, se ha interpretado en la historia de diversas maneras, pero, generalmente, ha sido “el hombre sometido a la dominación” individualmente o colectivamente considerando sobre quien ha recaído toda responsabilidad de su transgresión”³

Se dice que los mecanismos de control social nacen de la necesidad de tener un orden establecido dentro de una sociedad, en los cuales se establezcan las directrices y los límites de aquellos que está bien y aquello que está mal, sin embargo, una sociedad está compuesta de una pluralidad de individuos los cuales gozan de una libertad de actuar, por lo tanto sería ilógico pensar que en todos los casos, los agentes que componen el control social acatan dichas normas a cabalidad, por lo tanto el estado emplea diversas técnicas de dominación social que, como bien se mencionó con anterioridad, están encaminadas a fijar normas orientadoras de conducta, las cuales pueden versar en diferentes acciones o ámbitos de la vida en sociedad como en la familia, en la escuela, en el trabajo, en la actividad comercial y en general, en todo aquello en que la sociedad así como el estado pueda tener injerencia para orientar conductas, prevenirlas y corregirlas.

A raíz de dicha necesidad de dominación social sobre las acciones de los hombres, nace por una parte lo que la teoría clásica norteamericana denomina mecanismos de control social, subdividiéndose dichos mecanismos en informales y formales, los cuales están ordenados a razón de la relevancia del bien social o jurídico a proteger, para lo cual se han diseñado diversas formas de divulgación y de corrección, los cuales a su vez deben de seguir un orden de exclusión, es decir,

² Janowitz, Morris. “TEORIA SOCIAL Y CONTROL SOCIAL”. En: Delito y Sociedad. Chicago, Estados Unidos de Norte America, American Journal of Sociology. No. 6/7, 1995, (pp. 1-36) pp. 2.

³ Sánchez Sandoval, Augusto. Ob. Cit. (pp. 1)

aquellos que detentan el poder del control, ya sea formal o informal deben de imponer en la medida de lo funcional las directrices y medios de corrección de las conductas antisociales; es por esto que denomino medida funcional al estudio ponderado que deben de realizar los aplicadores de el correctivo o consecuencia al acto antisocial; en la manera de que solo se puede avanzar o aplicar una consecuencia, o mecanismo corrector más gravoso, en la medida que aquel control que le antecede no sea idóneo, pertinente y eficaz para corregirlo.

Lo anterior cada vez nos acerca mas al estudio de fondo del presente trabajo que guarda relación con el principio de subsidiariedad que debe regir al derecho penal; esto lo es la aplicación del derecho penal como mecanismo de control social para corregir dichas conductas, debe ser utilizado en ultimas instancias, sin embargo, este tema será tratado en el capítulo segundo.

i. Mecanismos Informales

Se le llama mecanismos de control social informal, a aquellas herramientas que tiene en poder la sociedad para hacer valer sus normas de conductas y que, no están impregnadas de coacción ni de coercibilidad; entendiéndose por lo primero la fuerza o violencia que se hace o se imprime a una persona para compelerla a ejecutar cierto acto o abstenerse de realizarlo, es decir es la fuerza legítima que acompaña al derecho para hacer exigibles sus obligaciones y eficaces sus preceptos⁴.

Por otro lado, tenemos que la coercibilidad es una calidad que faculta dentro del campo del derecho a una autoridad en el ámbito de sus competencias para hacer valer sus determinaciones fundadas en motivos de derecho en los casos en que este no se cumpla o no sea respetado de forma voluntaria⁵.

Ya, Augusto Sánchez Sandoval se ha referido a los mecanismos informales de control social como aquel que esta constituido por la ideología-norma cuya coercitividad se convierte en auto-reproche o culpa, derivados de una construcción previa de la conciencia-moral, es decir, del haber aprendido el contenido del mandato de actuación u omisión⁶.

⁴ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 65ª ed. México, Porrúa, 1940/2014, pp. 21-21

⁵ Loc. Cit.

⁶ Sánchez Sandoval, Augusto. Ob. Cit. (pp. 18)

Igualmente denomina al control social formal como aquella ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y esta promulgada⁷.

Palabras más palabras menos, los mecanismos de control informal, no tienen fuerza vinculatoria a un ordenamiento jurídico ni a una norma, pues únicamente las normas jurídicas están tildadas de coercibilidad y coacción por lo que el eventual incumplimiento de los preceptos y directrices que establecen los mecanismo de control social informal no traerán consecuencia para el individuo antisocial que despliegue estas conductas dentro del campo del derecho, sino que únicamente será merecedor de consecuencias morales a raíz de la reacción de la sociedad, los cuales no acarrearán consecuencias de derecho o bien, alguna afectación en la esfera jurídica del receptor de la consecuencia ante la conducta antisocial desplegada, es decir, no pasa a mayores términos que un regaño, un reproche, no pasa de un “sentimiento de culpa”.

De acuerdo a lo dicho hasta ahora, no debemos soslayar que, en esencia dichos controles tienden a implantar en el subconsciente de sus receptores, directrices de conducta, por lo cual es necesario que estos valores, roles y consecuencias sean primero enseñadas, luego adoptadas y posteriormente ejecutadas por sus receptores en aras de, perseguir el fin para el cual fueron creados- la paz social dentro de un estado de derecho- por lo cual dichas herramientas se basan en dos principios básicos de la doctrina del control social, es decir, la socialización y la interiorización⁸.

El primero de ellos, la socialización, se le ha conocido como un proceso cognitivo el cual no se detiene cuando el individuo ha cursado ciertos estudios o ha aprendido algo, sino que este se extiende en toda la vida del individuo, es lo que encamina a este a tomar un rol dentro de la sociedad, a hacerse cargo de sus obligaciones y a cumplir con ellas voluntariamente, estos mecanismos pueden verse traducidos en que, por ejemplo, es socialmente bien visto que un ser humano en su niñez vaya a la escuela, que de joven vaya a la universidad y de adulto sea profesionista o bien, desempeñe una labor u oficio.

El proceso de socialización de los mecanismos de control informal, como ya se ha expuesto en líneas antecedentes pretende enseñar a la masa, entendiéndose como tal a la sociedad, lo que es bueno y lo que es malo, como debe comportarse y como no debe de comportarse y por último las

⁷ Loc. Cit.

⁸ González Ruiz, Samuel Antonio. “Control social, legalidad y garantías individuales en el proceso penal”. 1958. Disponible en línea: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No.XII, 1985
<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3188/22.pdf> .> (Consulta: 12 de Marzo, 2020). Pp. 338

consecuencias positivas o negativas que sus conductas desplegadas acarrearán, sin embargo y para no caer en repeticiones, estas consecuencias no trascienden más allá del campo de la moral.

Así mismo, este proceso cognitivo no para como bien se mencionó con anterioridad, en los primeros años de la vida del hombre, sino que se extiende a lo largo de su vida, pues al tener la sociedad el poder de reformar sus propias normas sociales y sus consecuencias, estas se van moldeando de acuerdo a las circunstancias de cada sociedad, pues lo que hoy en día es socialmente mal visto, mañana podrá ser bien visto o aceptado.

Es por esto que, que el proceso de socialización se extiende a lo largo de la vida del hombre en sociedad; a manera de ejemplo podemos mencionar el desprecio social que se tenía a los homosexuales, o bien al consumo de drogas, en específico al de la marihuana, pues es de explorado derecho que dicha planta psicoactiva hasta antes de la época del Cardenismo era una planta a la cual se le reconocían propiedades medicinales y que su consumo no era mal visto.

Sin embargo, a raíz de las épocas del prohibicionismo norteamericano, se dió la orden de declarar de ilegales desde la primera línea en la cadena de producción, que es la siembra hasta su último eslabón que es el consumo; ahora bien, recientemente hemos sido testigos de como día con día se ha ido desmitificando el consumo de dicha sustancia al grado de que ahora hay quienes vuelven a reconsiderar el estigma social implantado a dicha planta y que ahora es “menos mal vista que antes”, sin soslayar que nuevamente surgen las corrientes que la catalogan como una planta con efectos medicinales.

Por otro lado el proceso de interiorización, es aquel que una vez implementado el proceso de socialización de las normas conductuales, el individuo las adopte como suyas y las cumple porque ese es su rol dentro de la sociedad y por que es lo correcto, se dice que interioriza dichas normas porque al hacerlas suyas y adoptarlas como un dogma, éste se sentirá realizado por haber cumplido con las normas que la sociedad ha dictado y por ende acata dicho orden preestablecido.

La interiorización no es otra cosa que la adopción de los valores, normas y consecuencias ya socializadas o divulgadas y que el individuo en uso de su capacidad de raciocinio y de libre albedrío decide adoptar, pero, ¿por qué las adopta? las adopta porque al ser el hombre un ser social por naturaleza sigue las tendencias impuestas por la sociedad para no quedar fuera de ella, o bien, para poder sentirse parte de ella y realizarse como ser social, pues a guisa de ejemplo podemos mencionar por mas simple que se escuche, las normas de trato social como el decir “gracias” o “por

favor”; pues si bien, el omitir dichos aforismos no trae consigo otra consecuencia que algunas personas te tachen de mal educado; el hacerlo significa para el individuo un sentimiento de plenitud y gratificación por cumplir a cabalidad con los estándares prefijados por la sociedad.

En este orden de ideas, como bien se menciona es ilógico pensar que dichas normas, ya sea sociales o jurídicas, serán cumplida a cabalidad por la totalidad de los individuos que conforman el orden social, por lo que la resistencia a dicho cumplimiento es inherente a la propia libertad y voluntad de las que gozan los agentes del control social; a dichas acciones se le han denominado en el presente trabajo como actos o acciones antisociales, las cuales pueden converger en dos conceptos y que atañen a diferentes circunstancias respecto de cómo la sociedad responderá frente al incumplimiento de dichas normas.

A dichos procesos de resistencia o actitudes antagónicas en contra del orden social se le denomina como procesos de variación o desviación, siendo las primeras conductas que no van de acorde con el modelo social preestablecido pero que el grupo puede terminar aceptando, lo cual moldea de cierto modo el patrón o las normas ya preestablecidas, a manera de ejemplo traemos a colación el ya mencionado consumo lúdico del Cannabis, el cual si bien no es aún completamente aceptado por la sociedad por el estigma y paradigma impuesto a lo largo de los años a dicha planta, la gente en la actualidad es mas tolerante a dichas acciones y ya no reprime socialmente al consumidor, sin embargo únicamente se hace mención a dicho concepto en el presente trabajo de manera general.

Por otro lado está la desviación, las cuales son consideradas como acciones o conductas de los individuos que no van de acorde al orden social establecido y que la sociedad no acepta por transgredir bienes de una importancia mayor para la sociedad, estos actos de desviación son los que importan para el presente trabajo, pues son aquellos que como ya se mencionó, imponen un riesgo y una consecuencia no solo para el individuo que comete dichas faltas, sino que dependiendo el bien social o jurídico que transgredan, pueden llegar a poner en peligro a la sociedad misma al grado de llegar a destruirla.

De lo anterior se desprende que el proceso de desviación es similar al de variación, sin embargo ante tal actitud desviada la sociedad no le da cabida, es decir ni la acepta ni la aceptará, porque dichas conductas se consideran altamente nocivas para el desempeño de la vida en sociedad, por ejemplo podemos mencionar sin meternos en complicaciones, el matar a una persona-

independientemente de las causas, significa para la sociedad uno de los daños mas graves a sus valores y principios como lo es la vida, pues sin ésta no se pueden ejercer todas las demás facultades y derechos que la persona tiene en su vida, por lo cual aún y que pasen los años la sociedad jamás le dará su visto bueno a un homicidio.

Ejemplificando, se puede mencionar a las faltas de respeto que los hijos tengan hacia sus padres, la venganza privada y por qué no, las conductas criminales.

Debemos partir de la base de que dentro de las diversas acepciones del concepto de control social existe aquella que la ve como las herramientas o medios a través de los cuales una sociedad u orden social garantiza que la conducta de cada uno de sus individuos sea congruente con los parámetros de conducta previamente establecidos; por otro lado ve al control social como la manera en que la sociedad va a reaccionar a las conductas desplegadas por sus agentes, es aquí en la segunda de estas acepciones en donde comienza la disyuntiva entre el control informal y el control formal, pues si la segunda de sus acepciones atañe a la reacción que la sociedad o el estado-entendiéndose a este como la manifestación mas concreta de la sociedad- tiene frente a la conductas antisociales estas pueden divergir en dos, entre los mecanismos correctivos no institucionalizados y los institucionalizados, subdividiéndose entre no punitivos y punitivos, encontrando el derecho penal en este ultimo su hogar.

A decir de los mecanismos de control social informal o no institucionalizado es aquel que encontramos en las escuelas, en los trabajos, en las normas de trato social, las normas morales y reglamentos de conducta que imponen directrices del comportamiento, premios y sanciones, los cuales son implementados por el estado-apoyándose en la sociedad-líderes de opinión, profesores, padres de familia, etc., desde que nacemos; la característica que mas resalta de dicho medio de control informal es que este estén en poder de la sociedad, es decir, la contravención de dichas normas no tienen un carácter coercitivo propio de los mecanismo de control social formal.

ii. Mecanismos Formales

Por otro lado, se encuentran los mecanismos de control formal o institucionalizados, que como su nombre lo señala son aquellos mecanismos de que goza el poder del estado para imponer directrices de comportamiento, bonificaciones y sanciones, los cuales son implementados por el estado antes de que nacemos, la característica que más resalta de dicho medio de control formal es

que tienen un carácter coercitivo propio de los mecanismos de control social formal y de las normas jurídicas.

El control formal institucionalizado como bien se dijo se ve reflejado en las potestades que tiene el control del estado para dirigir el comportamiento de sus ciudadanos, los cuales a diferencia del mecanismo de control informal, tienen la característica de cuando se transgreden las normas conductuales, estas típicamente están establecidas o contenidas en un ordenamiento jurídico, por lo que estos pretenden salvaguardar no solo bienes sociales sino jurídicos, pues se considera que estos protegen un interés de mayor relevancia para el estado y la vida en sociedad; es por lo anterior que el estado dentro de sus diferentes potestades regula dicho comportamiento a través de sus instituciones, como lo pueden ser la Secretarías de estado como la de Educación, la Secretaría de Economía, el Poder Judicial, el Poder Administrativo, la ley y el derecho; siendo este último un mecanismo que irrefutablemente tiende a organizar la vida del hombre en sociedad imponiendo bajo un régimen jurídico establecido sus derechos y obligaciones, así como las consecuencias que una eventual contravención a las norma jurídicas puede acarrear.

Como bien se mencionó el derecho es irrefutablemente uno de los mecanismos de control social institucionalizado que tiene en su poder el estado, pues a manera de ejemplo se puede mencionar que el derecho civil es aquella rama del derecho orientada a regular las conductas de la sociedad en relación con la vida, la persona, propiedad, posesión y disposición de bienes y cargas, las cuales se establecen comúnmente por una relación contractual o extracontractual, la cual, cuando es transgredida trae aparejada una consecuencia jurídica establecida dentro del ordenamiento civil conocida como el incumplimiento, la cual comúnmente consiste en una reparación del daño perjuicio causado al acreedor de la relación jurídica de carácter civil, que no va más allá de la sanción pecuniaria, es decir no va mas a allá de un reparación de carácter económica.

Por otro lado, el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que está encaminada a regular la actuación de las autoridades en su relación con el estado, los cuales, al ser irregulares o ilegales, ya sea por parte del gobernado o de la autoridad acarrear consecuencias preestablecidas dentro del orden jurídico administrativo.

En palabras del maestro César Beccaria;⁹ las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad”.

Por esto se dice que, el control social formal punitivo es la expresión más lesiva de dichos mecanismos y los cuales deben de ser empleados cuando todo el demás mecanismo preestablecidos por el estado no funcionan para prevenir y corregir dichas conductas y es en esta última como bien se mencionó es en donde encuentra estricta relación entre la pena y el derecho penal.

⁹ Bonesana, Cesare o Beccaria, Cesare. **Tratado de los Delitos y las Penas**. Madrid, Imprenta de Alaban, 1822/2020, p. 7.

Capítulo II

EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO CONTROL SOCIAL FORMAL

a. NOCIONES GENERALES

Como se ha ido comentando a lo largo de los primer capitulo, dentro de los mecanismos de control social formal institucionalizado, encuentra su hogar el derecho penal, así mismo se ha establecido que únicamente cuando los demás mecanismo de los que se vale tanto el control social como el derecho, el derecho penal debe ser utilizado como última instancia, es decir, primero se deben agotar todos los mecanismo previos, ya sea informales o formales, antes de utilizar el control en su sentido mas gravoso, y ¿Por qué se dice lo anterior?, porque es el derecho penal la representación mas pura de la coacción del estado, el cual tiende a restringir la esfera de derechos de una persona catalogada como delincuente a su forma mas reducida, que es la pena corporal que se traduce en una pena privativa de la libertad, lo que significa que aquel delincuente sentenciado por un delito que amerite una pena privativa de la libertad será extraído materialmente de la sociedad para ser insertado en un centros de readaptación social que en general no consigue “readaptarlos” o “reintegrarlos” a la sociedad, sino que significan un castigo y un tormento para aquellos que se ven sometido a tan riguroso régimen jurídico de suspensión de garantías.

A guisa de ejemplo, se trae a colación el aforismo latino “*Jure est civilieter utendum*” el cual establece que, dentro de la basta selección de recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la “*ultima ratio legis*”, encontrarse en último lugar y entrar en liza cuando resulte indispensable para el mantenimiento del orden publico.¹⁰

Así pues, establece que la naturaleza secundaria del derecho penal no es mas que una exigencia ética dirigida al legislador.

Por cuestiones de metodología jurídica, se denominará a las conductas antisociales que transgreden bienes jurídicos tutelados por la ley penal como delitos.

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General**. 21ª ed. México, Porrúa, 1961/2020, pp. 11-12.

b. SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL

Dentro de la basta selección de principios que rigen al derecho penal, dos de los mas importantes, para efectos del presente capítulo es el denominado principio de mínima intervención del derecho penal y el de intervención legalizada.

Así pues, debe entenderse que dichos principios como criterios limitadores de la política criminal de un estado y por ende de la aplicación del derecho penal y sus normas juegan un rol importante en el ejercicio de las facultades del estado para prevenir y combatir conductas tipificadas como delito; ya sea en sentido amplio, como lo es la limitación que encuentra el legislador al momento de legislar conductas merecedoras de sanciones penales y por otra parte en un sentido estricto que es la aplicación de esas reglas de derecho penal a un caso o situación en concreto.

Como ya se mencionó con anterioridad, de ambos principios- de mínima intervención e intervención legalizada- del primero de ellos dependen el de subsidiariedad y el de fragmentación, los cuales serán analizados en el transcurso del presente título.

Así pues, a groso modo podemos comentar que el principio de subsidiariedad o secundariedad del que está dotado el derecho penal, supone que este debe de entrar o intervenir en la esfera jurídica de los gobernados cuando, los otros medios ya aplicados no hayan dado fruto, es decir debe de aplicarse las reglas penales en defecto de los postulados contenidos en diversos ordenamientos y que no han sido suficientes, por lo cual su aplicación debe de ser i) imprescindible, lo que significa que de no ser normados dichas conductas como de carácter penal no solo se estaría dejando de proteger en parte a la sociedad y al bien jurídico que tutelan, sino que este no estaría protegido en lo absoluto; ii) necesario, es decir que este necesariamente deba de ser de carácter penal y iii) oportuno, lo que quiere decir que este sea el medio adecuado para prevenir o corregir dicho antijurídico.

Por otro lado, el principio de fragmentación supone que el derecho penal solo debe proteger los bienes mas relevantes y/o ser aplicado ante los ataques mas graves que pongan en riesgo a la sociedad.

En ese mismo orden, cabe mencionar que el principio de intervención legalizada contiene postulados dirigidos a la legalidad de elección de normas de carácter penal para la protección de la sociedad, así como los contenidos asociados a este.

Así pues, retomando el principio de intervención mínima, Muñoz Conde siguiendo a Maurach, ha establecido lo siguiente:

“Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no solo deben ser protegidos con el derecho penal, sino también ante el derecho penal. Si para el restablecimiento del Orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son estas las que deben emplearse y no las penales.”¹¹

A lo anterior cabe mencionar que, a diferencia de la línea legislativa que se ha seguido en los estados modernos respecto de la legislación penal, en opinión del autor estos han abandonado o dejado de lado la importancia de tal postulado limitador del “ius puniendi”, pues, no solo deben de ser considerados en la óptica de la política criminal a la víctima y a los postulados que este desea le sean protegidos, si no también la necesidad de proteger a los bienes jurídicos ante la actuación del derecho penal, pues de explorado derecho resulta que, el derecho penal es la manifestación más clara del poder punitivo del estado, pues al ser aplicado este atenta principalmente en contra de los derechos de libertad y honor de una persona que, en obvio de repeticiones será sujeto a un régimen restrictivo de garantías y derechos, es por tanto que debe de marcarse un claro límite a la aplicación y creación del derecho penal, que tiende a ser utilizado como un instrumento al servicio del poder público para dar solución a cuestiones y hechos que pudieran ser o bien, que ya están normados por diversos ordenamientos de carácter civil o administrativo que dan solución a la problemática sin imponer al receptor de la norma un castigo o efecto punitivo no acorde con los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas que deben perseguir dentro del derecho penal.

Así pues bajo esa óptica es que debe considerarse al derecho penal como la “última ratio”, esto es un instrumento limitante del “ius puniendi”, entrelazado en relación con el principio de fragmentariedad, en su aspecto cuantitativo, que atañe a circunstancias sobre que bienes sociales son merecedores de ser protegidos por el derecho penal y ante el derecho penal, así mismo cuales

¹¹ Sánchez-Ostiz, Pablo. “Sobre la aspiración a un Derecho Penal Subsidiario: ¿en que medida es posible la subsidiariedad en los instrumentos penales?”. Diciembre 2013. Disponible en línea: **Cuadernos de Política Criminal**. No. 111, 2013 < <https://2019.vlex.com/#WW/vid/510943570> > (Consulta: 12 de Marzo, 2020) pp. 41

son los que necesitan del derecho penal y a su vez cuales de estos son susceptibles a ser protegidos por el derecho penal y en obvio de repeticiones, frente al derecho penal.

Entiéndase que, dichos preceptos van encaminados a plasmar una tendencia, la cual, atendiendo a los principios antes mencionados, la elección o auxilio del derecho penal no esta justificada, pues no es susceptible de ser aplicada o utilizado ante la existencia de diversos medios que pudieran traer los mismos resultados, pues el derecho penal únicamente debe de ser aplicado ante las agresiones mas graves.

Resulta contrario a los postulados expuestos con anterioridad la aplicación del derecho penal como un corrector absoluto, pues entonces se caería como bien se ha estado utilizando, como una medicina a todo dolor o malestar social, la cual no es propia del derecho penal, si no que debe privilegiarse y verdaderamente reconocerse la autonomía del derecho penal frente a los otros ordenamientos jurídicos; esto es, en razón de la gravedad de sus sanciones y de la norma primaria de la que dependen y la cual vela por la protección de diversos intereses y bienes.

Así pues, podemos ver que en la actualidad se ha estado utilizando al derecho penal como un instrumento del derecho administrativo, o bien se cae en la confusión del derecho penal con el derecho administrativo sancionador, pues como se dijo con anterioridad el legislador contemporáneo no ha logrado distinguir y reconocer la autonomía del derecho penal frente las demás ramas del derecho, sino que se éste-derecho penal- ha pasado a ser un derecho administrativo de la economía penalmente sancionado.

Al no respetarse y reconocerse la autonomía de la que goza el derecho penal frente a otras ramas de derecho u ordenamientos jurídicos, atendiendo la naturaleza de sus normas, la gravedad de la sanción y la desvalorización de la conducta desplegada, mismas que han de guardar estricta relación, esto es entre la gravedad de la conducta realizada y la sanción aplicada, por lo cual el derecho penal no puede ni debe ser aplicado para sancionar cualquier infracción, sino únicamente debe ser aplicado para aquellas infracciones a reglas primarias merecedoras de naturaleza penal.

Bajo esa óptica, es necesario señalar con las líneas que anteceden no se intenta imponer la idea de que se reduzca el derecho penal, sino que la intervención mínima concatenada con los demás principios esgrimidos en el presente título, se refiere al mínimo de intervencionismo penal necesario para cumplir con la finalidad de la protección.

Así pues, deben de atenderse a diversos criterios y elementos de juicio, así como de decisión para conocer cuales son los mínimos irrenunciables a que debe sujetarse la actuación del derecho penal, que es lo que estrictamente y como una necesidad debe proteger y ser protegido ante el derecho penal y lo ineludiblemente penal. Pues, como bien se mencionó con anterioridad, se debe conocer que es lo necesario, que es lo prioritario y que debe ser subsidiario para el derecho penal; pues no se intenta-en obvio de repeticiones- que la legislación penal, así como su aplicación sea resumida a cenizas o bien que desproteja ciertos valores, principios y postulados, sino que el derecho penal no sea un instrumento empleable ante cualquier infracción de carácter jurídico.

i. Práctica Legislativa Penal en México

A lo largo de los años, la práctica legislativa en materia penal en México ha dejado mucho a desear pues, a pesar de ser una práctica generalizada en los países modernos como lo es España por poner un ejemplo, lo cierto es que nada le ha importado al legislador mexicano el respeto al carácter autónomo, subsidiario y fragmentario del derecho penal, utilizándolo como medio idóneo para obtener variados efectos de la vida social, y no así, utilizarlo como a última ratio para la prosecución y o prevención de los delitos.

Así pues, y en obvio de repeticiones lo que se intenta no es dismantelar el derecho penal, sino que el legislador debe reconocer y comprender primeramente cuales son los ámbitos irrenunciables del derecho penal, es decir, aquellos ámbitos que necesariamente deben de ser protegidos por el derecho penal, pues de otra forma no existen mecanismos u ordenamientos que por su naturaleza pueda proteger el bien tutelado dejándolos en un completo estado de indefensión ante eventuales violaciones, como lo puede ser la inviabilidad de renunciar a la penalización del abuso sexual a menores de edad, la pornografía infantil, así como diversas conductas que por su naturaleza es imprescindible, necesario y oportuno regir bajo la óptica del derecho penal.

Sin embargo, al no existir actualmente un criterio claro sobre cuales ámbitos son irrenunciables, el derecho penal lejos de ser utilizado como la última herramienta en manos del poder punitivo del estado, este se ha expandido como un medio primario y principal en poder del legislador, abandonando el carácter secundario/subsidiario del derecho penal, aumentando con ello en gran parte las tipificaciones de conductas que por su naturaleza no deberían estar sujetas al ordenamiento penal.

Así pues, la tendencia a aumentar el uso del derecho penal no solo se ha mantenido vinculado a la tipificación de nuevas conductas, sino que su intensificación se realiza bajo diversos postulados que nada tienen que ver con la naturaleza intrínseca del derecho penal, tales como:

- 1) Seguridad Interior;
- 2) Políticas de cero tolerancias;
- 3) Demandas sociales de castigo y;
- 4) Aumento o intensificación de las sanciones, esto es en la duración de la sanción como en la catalogación de gravedad del delito cometido.

En ese orden de ideas, las política criminal de lucha y persecución del delito, así como el de cero tolerancia no permiten error alguno por parte de los receptores de la norma, situación que ha llevado a una administrativización del derecho penal, esto es, poner al derecho penal al servicio del poder publico o bien de la administración pública para perseguir objetivos políticos, sociales y económicos, de lo cual nada comparte con los fines del derecho penal, pues esta no es una institución dirigida o creada para perseguir dichos fines, es decir, parece ser que el “ius puniendi” se utiliza como una técnica populista por parte del poder del estado para en palabras opinión propia “hacer creer o mostrar al gobernado que efectivamente se esta realizando un combate frontal al delito, o bien que se están tomando leas medidas necesarias para reducir los índices de criminalidad que existen en un determinado país o estado”.

Es por lo anterior que poner al “ius puniendi” al servicio de la administración pública o bien confundirlo con derecho administrativo, como instrumento de políticas sociales no es factible y no debe perdurar, sin embargo, éste-derecho administrativo- ha sido insertado por el legislador cada vez mas en el derecho penal y se ha llegado a entender a la sanción-en específico la sanción corporal- funcionan como herramienta para el aseguramiento de la política social que persigue el derecho administrativo; en suma, el legislador mexicano ha tenido una evidente aversión por desnaturalizar los límites del “ius puniendi” y aplicarlos en un sentido contrario para defender aquello que bajo la óptica de la política social y política criminal del estado mexicano, es prioritario.

El empleo del “ius puniendi” por parte del legislador para dirigir una política criminal de lucha contra el delito y en general, como herramienta totalitaria de represión de conductas que en menor o mayor grado pueda afectar a la sociedad, no solo impone dejar de lado el sentido subsidiario del derecho penal, sino que ante la tradición de la defectuosa práctica legislativa

mexicana, impone otras complicaciones a los tipos penales creados, pues el legislador comienza a crear tipos penales que difícilmente pueden ser encuadrados en una conducta; un claro ejemplo es el del delito de abigeato contenido en el primer párrafo del artículo 378 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, el cual a la letra reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 378. Comete el delito de abigeato, quien por sí o por interpósita persona se apodere de una o más cabezas de ganado, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellas.”

Por su parte el artículo 364 del precitado Código Penal de Nuevo León, tipifica el delito de robo de la siguiente manera:

“ARTICULO 364.- comete el delito de robo: el que se apodere de una cosa mueble, ajena, sin el consentimiento de quien tenga derecho a disponer de ella.”

A lo anterior cabe destacar que si bien, esto no es un ejemplo de una aplicación errónea subsidiaria del derecho penal, si resulta ser un claro ejemplo de lo expuesto en líneas anteriores respecto a que el legislador, utiliza al “ius puniendi” y en concreto a la codificación penal, como una herramienta del estado para orientar la política criminal de la lucha contra el delito de manera indiscriminada, sin darse cuenta por ejemplo, que ya existen dentro de la legislación penal estatal antijurídicos que tienden a proteger el patrimonio de las personas, como lo es el robo simple, pues es evidente que la sola aplicación del delito contenido en el artículo 364 puede dar solución a un eventual apoderamiento de bienes en contra de la voluntad de quien legalmente esta facultado a disponer de estos. Así pues, dejo a criterio del lector la siguiente pregunta, ¿no es suficiente el artículo 364 relativo al robo simple suficiente para combatir y castigar el apoderamiento ilegítimo de bienes ajenos?, realmente se necesitaba crear un nuevo tipo penal para el robo de ganado?, o bien, como se ha seguido en la línea argumentativa del presente título, ¿el legislador utiliza al derecho penal como un instrumento de políticas sociales para demostrar una aparente “lucha contra el delito”.

Queda entonces de relieve que, el derecho penal legislado desde la óptica de la consecución de objetivos de política social o económica puede ser mejor o peor, moderno o antiguo, pero en nada subsidiario.

ii. Momentos para el Ejercicio de la Subsidiariedad

En palabras de Pablo Sánchez-Ostis, hablar de subsidiariedad significa hablar de criterios de decisión, así como de la elección de los medios para la consecución de los fines del derecho penal¹².

Así pues, la subsidiariedad puede ser entendida como la reducción de la coacción o la mal conocida violencia estatal penal a costas aceptables.

En ese entendido, debe expresarse que existen dos momentos para el ejercicio de la subsidiariedad por parte del estado, por una parte i) importa a las macro decisiones del legislador, es decir, resulta que la elección de unos medios u otros va a influir y de que manera condicionará otras conductas ante la elección de determinado medio; por otro lado ii) se manifiesta en el sentido de las micro decisiones, es decir sobre la actuación del juez o aplicación de la medida adoptada por el juez ante el caso en particular.

Es decir, debemos de identificar dos niveles de subsidiariedad en relación con sus momentos aplicación que se asemejan a los expuestos con anterioridad, pero que se detallan a fondo de la siguiente manera; a) el primer nivel reconoce a la subsidiariedad como una regla para el legislador, es decir supone un límite a la actividad legislativa en materia penal, la cual no puede utilizarse para cualquier situación y; b) el segundo nivel supone una regla sobre los actos del juez, es decir supone un límite a las decisiones del juez respecto de la aplicación de normas penales.

En ese entendido, podemos hablar de que el primer nivel subsidiariedad supone un ámbito de prevención general del delito, esto es mediante la legislación y el segundo recae sobre los medios utilizados por el juez, es decir este puede elegir entre instrumentos penales menos lesivos o bien soluciones no agresivas como pueden ser los medios alternos de solución de controversias sin necesidad de aplicar la ley penal la cual por sus características tiende a ser agresiva y restrictiva de derechos.

Por tanto, hablar de subsidiariedad en derecho penal supone que algo o bien una realidad, ha de ceder ante otra realidad, pero de igual forma supone que algo debe ser prioritario, sin embargo algo no estar plasmada en la constitución por cuestiones de política legislativa, no se puede tener

¹² Sánchez-Ostiz, Pablo. Ob. Cit. (pp. 53)

un claro panorama de cuándo, por qué y cómo algo es prioritario, así como tampoco se tiene un panorama claro sobre que postulados son prioritarios, cuándo cómo y por qué; sin soslayar que a lo anterior se le suma el que no conocemos cuándo y por qué es prioritario mantener un instrumento penal dentro del ordenamiento jurídico.

Como regla impuesta al legislador penal, la subsidiariedad aporta criterios para la toma de decisiones en relación con la práctica legislativa y estas decisiones deben de ser consideradas o bien adoptadas por el creador de la norma, así pues estos podrán distinguir cuando una norma o postulado debe ser prioritario o bien subsidiario, es decir cuándo y cómo adoptar dicha decisión, en otras palabras aporta al legislador una herramienta idónea para tomar en cuenta diversos factores al momento de legislar que se alejen de las presiones sociales, el populismo penal o factores extraños a los bienes en juego, para tomar dichas decisiones seguros y confiables que doten de seguridad jurídica al gobernado así como como que se cumpla con el principio de legalidad en materia penal.

Como regla impuesta al interprete de la norma, la subsidiariedad entra en liza respecto de las decisiones ya tomadas para diversos grupos de casos y obliga a un ejercicio de ponderación respecto del actuar del juez, como ejemplo basta mencionar el privar de la vida a una persona, el juez ante dicha situación debe ponderar en primer término las causas que motivaron al delincuente para cometer dicho antijurídico y no aplicar de modo arbitrario una pena por el delito de homicidio, pues por las circunstancias del caso puede que el activo del delito haya desplegado dicha conducta para defender su vida, por lo cual el juez deberá de realizar dicho ejercicio de ponderación entre la vida del occiso y la defensa de este bien por parte del delincuente, pues esta acción pudo haberse desplegado en defensa de la propia vida del activo. Así pues, deja de relieve que, el derecho penal no ataca a toda conducta antijurídica, sino únicamente las más graves, o bien que opera ante el fracaso de otros sectores normativos de la vida social¹³.

A fin de no caer en obvio de repeticiones, a pesar de que el principio de subsidiariedad goza de un amplio reconocimiento en la doctrina penal, no está claro cuál es su fundamento y contenido dentro del ordenamiento penal mexicano, pues como bien se mencionó, al no estar impreso dicho principio limitativo del “ius puniendi”, no es posible hacer efectivo su respeto, lo que ocasiona que

¹³ Sánchez-Ostiz, Pablo. Ob. Cit. (pp. 57)

en el ordenamiento penal se plasmen tipos penales nuevos, agravaciones así como intensificaciones de penas de modo arbitrario bajo el postulado del combate al delito.

c. PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL DEL DERECHO PENAL, LA PENA COMO HERRAMIENTA DE CONTROL SOCIAL

i. **Antecedentes de la Pena**

El presente título abordara de manera general la consecuencias que acarrea una conducta antisocial desplegada por un agente del control social, en específico enfocado al último eslabón de los mecanismos de control social-control social formal punitivo-es decir, nos abocaremos en analizar el origen de la consecuencia que para efectos del presente trabajo se le denominara “pena”, pues es este elemento el de mayor relevancia por influir directamente en la persona que comete el acto antisocial, que abordando desde la perspectiva del derecho penal es la consecuencia impuesta por el orden jurídico penal a la comisión de una conducta típica, antijurídica, punible, culpable e imputable; sírvase a lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial, veamos:

*“Época: Quinta Época
Registro: 905931
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Apéndice 2000
Tomo II, Penal, P.R. SCJN
Materia(s): Penal
Tesis: 990
Página: 464*

DELITOS.-

El delito es ante todo, acción típica, antijurídica y culpable, y para evaluar correctamente una conducta humana necesario es atender al resultado, entendido éste como la total realización típica exterior; por ello el resultado comprende tanto la conducta corporal del agente, como el resultado externo causado por dicha conducta, de tal suerte que cuando el agente apunta y dispara el fusil, el curso del proyectil, y el toque de éste en el cuerpo de la víctima, la lesión y la muerte quedan englobados en el resultado externo; pero además dichos actos tienen como antecedente, la excitación nerviosa del agente que lo determina a desplegar la conducta lesiva, cuando se da un estímulo externo; es decir, que el delito no sólo comprende los actos materiales de ejecución que producen la lesión del interés protegido por el derecho, sino que además, quien hace la valoración jurídica de una conducta humana, debe evaluar también las circunstancias que hicieron impacto para provocar la voluntad del acto dañoso.

Amparo penal directo 6761/49.-Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente.-17 de agosto de 1954.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Teófilo Olea y Leyva.¹⁴

¹⁴ **Delitos.** Tesis aislada. Amparo penal directo. Primera Sala. Clave 905931 (SJF: 5ª época, T Tomo II, Penal, P.R. , p. 464). Disponible en línea: SCJN<<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=905931>

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXI, página 1545, Primera Sala.”

De igual modo se abordará el tema el fin o propósito que tiene la pena dentro del orden jurídico, pues como bien se ha comentado en líneas precedentes los Mecanismos de Control Social en sentido amplio, están enfocados a preservar la paz y el orden social dentro de un estado de derecho, entonces atendiendo al último eslabón del control-entiendase derecho penal-está íntimamente ligado a las otras ramas del derecho y se considera que la pena es el medio eficaz para la represión del delito, así pues se considera que el derecho penal encuentra su trascendencias en que este sirve de apoyo inmutable para el ordenamiento jurídico general y esta ligado, más que a una rama del derecho, a la eficacia y subsistencia de ese ordenamiento¹⁵.

Así mismo Francisco Pavón Vasconcelos ha expresado que la función esencial del derecho penal-entendiéndolo como aquella rama que se encarga de regular los delitos y las penas- es la finalidad de tutela a través del poder coactivo del Estado como lo son los bienes de la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, etc.¹⁶.

Lo manifestado por el destacado autor refuerza nuestro dicho de que el derecho penal desde la perspectiva de la pena como consecuencia al incumplimiento de una norma penal se encuentra íntimamente ligado a las demás ramas, pues cuando se agotan cada uno de los mecanismo preestablecidos dentro de los ordenamientos jurídicos es entonces cuando subsidiariamente entre el derecho penal para enmendar y castigar el daño causado por la conducta desplegada, que en suma de ser antisocial también lo es de carácter típico, antijurídico, punible y culpable.

ii. Origen de la Pena

Se dice que las penas nacen de la necesidad de conservar el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad¹⁷.

&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=905931&Hit=1&IDs=905931&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=> Registro: 905931. (Consulta:12 de Marzo,, 2020).

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. (pp. 17)

¹⁶ Idem. (pp. 13)

¹⁷ Bonesana, Cesare o Beccaria, Cesare. Ob. Cit. (pp. 11)

¿Pero, de dónde surge entonces la necesidad de castigar las conductas lesivas a bienes jurídicos protegidos?, bienes jurídicos que de no respetarse, como bien señala el maestro Beccaria, tienden a separar o desunificar el vínculo de intereses de los particulares, los cuales en completo uso de su voluntad han aceptado dejar de lado los medios auto compositivos de solución de controversias y en específico la venganza privada, para adoptar los medios auto compositivos de solución y corrección, entendiendo por estos los englobados en los medios de control formal institucionalizados.

Esta prohibición impuesta a los ciudadanos de hacerse justicia por sus propios medios se ve reflejado en el primer párrafo del artículo 17 Constitucional, el cual entre otros sienta las bases que dotan a los órganos jurisdiccionales de competencia para conocer y resolver sobre los conflictos que se susciten entre los particulares en todas las áreas del derecho reconocidas en México, veamos:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.” (Énfasis nuestro)

Así pues, expresa Roberto Reynoso Dávila citando al maestro Francesco Antonelli que; la pena es sinónimo de castigo, indicando en general el dolor, el sufrimiento que se impone al individuo que ha violado un precepto contenido dentro de una ley penal¹⁸.

Una vez establecido el origen o necesidad de las penas, podemos afirmar con firmeza que, tras la reforma al sistema penal mexicano, pasando de ser meramente inquisitivo a uno de corte adversarial tanto la sociedad misma como el estado-como clásicamente se ha aceptado-tienen la potestad de ejercer una pretensión punitiva en contra de un acto que vulnere su esfera de derechos al grado que las demás ramas de la ciencia jurídica no puede enmendar.

Por consiguiente, la pena tiene diferentes características que se catalogan por el autor del presente trabajo como inmediatas y mediatas, siendo la primera de ellas el castigo, represión al

¹⁸ Reynoso Dávila, Roberto. **Teoría General de las Sanciones Penales**. México, Porrúa, 1996/2020, pp. 7

sujeto activo del delito y el reparo al daño infligido al sujeto pasivo del delito; y por otro lado tiende a prevenir futuras conductas por medio de la intimidación a la colectividad¹⁹.

Sin embargo no debemos soslayar el postulado del Maestro Montesquieu²⁰ en relación a que toda pena que no deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; lo que significa que la pena aplicada a una persona que una vez agotados todos los procedimientos de los que se conforma en proceso penal, le recaiga una sentencia condenatoria debe ser impuesta por el juzgador en virtud de que existe una extrema y absoluta necesidad de aplicarla pues de otra manera no existe un medio idóneo y pertinente que pueda prevenir y castigar dichas conductas.

Así pues, se consagra la necesidad así lo establece el artículo 14 de la Constitución Federal, veamos:

*“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.
En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.
En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. (Énfasis nuestro)”*

iii. Finalidad de la Pena

Se dice que la pena es la consecuencia impuesta por el orden social, el estado, a la conducta omisiva o antisocial, por lo que esta se le han dado diversos fines, a) retributivo, b) ejemplar y c) correccional, el cual ha sido sustituido por el de readaptación social, en el cual, no se busca imponer un correctivo al violador de la norma, sino que se quiere reinsertarse en la sociedad y hacerlo útil para esta, consiguiendo finalmente la prosecución de los fines de la sociedad.

En ese entendido existen diversas teorías que intentan explicar la finalidad y el sentido de las penas aplicadas a un delincuente, sin embargo entrar al análisis de cada una de las teorías relativas a la finalidad de las penas sería un trabajo en suma extensivo, por lo cual únicamente nos avocaremos a mencionar los principales postulados sobre las penas.

¹⁹ Idem. (pp. 12)

²⁰ Bonesana, Cesare o Beccaria, Cesare. Ob. Cit. (pp. 9)

Teoría Absoluta: Se le conoce como teoría absoluta a aquella corriente de la ciencia penal que entiende a la pena bajo el principio “punitur quia peccatum”, el cual liga directamente el castigo con la acción desplegada.

Dicha teoría en palabras de Roberto Reynoso, explican que la pena es una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea por que debe ser reparado, o por que deba ser retribuido; como efecto de la causa²¹.

En síntesis, dicho postulado nos refleja una regla que puede ser entendida como “a toda acción recae una reacción”, la cual, aplicándose en el ámbito del derecho penal, la comisión de una acción que la ley señale como delito acarrea una consecuencia directa y necesaria llamada pena.

Teorías relativas: Esta corriente de la ciencia penal nos explica a grosso modo que el delincuente no debe ser observado como un medio o un objeto al cual se le aplican arbitrariamente consecuencias llamadas penas por sus actos, sino que estas consecuencias deben de ser una institución o una herramienta de la que se vale el poder del estado para impedir o disuadir futuros delitos, es decir, la pena deja de ser el fin mismo y se convierte en un fin por alcanzar, el cual es la corrección en el comportamiento del delincuente a través del correctivo o pena, para que este interiorice su acción, se arrepienta y se obtenga de cometer futuros ilícitos de aquí deriva el principio “punitur ne peccetur”.

Así lo señala Reynoso Dávila citando a José F. Argibay al establecer que no se trata de usar al hombre como medio sino a la institución misma de la pena como instrumento para que un hombre no repita su delito y que los demás no lleguen a él.²²

Teorías Mixtas: Esta teoría intenta armonizar la absoluta y la relativa, en el sentido de que adoptan de la teoría absoluta el sentimiento de que la pena es una consecuencia necesaria del delito, sin embargo, por igual adoptan el postulado de la teoría relativa en el sentido de que la pena no es en sí un fin, sino que esta constituye un fin a buscar.

A lo anterior podemos agregar que dicha teoría ve a la pena como un instrumento que no debe ser catalogado como un acto de venganza por parte del poder punitivo del estado, sino que es

²¹ Reynoso Dávila, Roberto. Ob. Cit. (pp. 13)

²² Idem. (pp. 12)

el estado quien se vale de su poder punitivo para procurar el orden social infligido por la violación al orden jurídico.

Así pues, se deja de lado los paradigmas de las teorías absolutas y relativas en función de que no se trata de curar el mal, como lo expone la teoría relativa, es decir no intenta una corrección en el pensamiento del delincuente, no intenta infringir un sentimiento de culpa ni arrepentimiento, sino que busca únicamente el ejercicio de la coacción del estado contra el culpable, que ha puesto frente ley la cuestión de su impotencia.

Una vez dicho lo anterior no debemos soslayar que la necesidad de castigar las conductas que pueden significar un riesgo para el equilibrio y salud de la sociedad son indispensables para la prevalencia de la paz, la seguridad y la permanencia del estado de derecho, sin el cual, este no puede existir.

Por ende esto llevaría al caos; sin embargo, es de explorado derecho que la utilización de los delitos y de las penas para prevenir, corregir o castigar los actos que vulneran a la sociedad han sido usado en exceso por los estados modernos, situación que lejos de contribuir a la disminución de la criminalidad muchas veces inflige traumas mayores al delincuente

Lejos de corregir estas conductas crean un sentimiento de odio hacia las instituciones del estado, con lo anterior, no se trata de decir que no deban existir delitos ni penas, sino que su estudio y aplicación, deben de ir más allá de la facultad punitiva del estado y no enfocar todas los esfuerzos del estado, a combatir dichas conductas por medio de la represión y la coacción, es decir, debe dejar de emplearse el derecho penal como el único medio para corregir dichas conductas y debe dejar de agregarse de manera arbitraria delitos a los catálogos ya preestablecidos.

Pero, ¿por qué?, porque ha quedado demostrado que la penalización de conductas y su eventual confinamiento de los sujetos que las despliegan en centro penitenciarios y de readaptación social no han dado los resultados esperados, es por esto que deben de destinarse mayores esfuerzos y recursos a las otras áreas del derecho de las cuales se basa el estado para mantener la paz, como lo es el derecho administrativo en su modalidad sancionadora, la creación de programas sociales que impulsen la educación, el comercio y sobre todo la prevención al consumo de drogas, problema que cada vez aumenta más y que, sí tiene un efecto directo sobre la alza en los índices delictivos, pues aun y con lo rigurosa que es nuestra legislación penal en materia de narcóticos, narcomenudeo, narcotráfico y delincuencia organizada, los índices delictivos lejos de disminuir han aumentado.

d. LAS PERSONAS MORALES Y EL DERECHO PENAL

i. **Nociones Generales**

En atención al aforismo latino “soecietas delinquere non potest”, numerosos doctrinarios de derecho penal han determinado que, las personas jurídicas, entiéndase a estas para efecto del presente trabajo como “empresas”, si bien, son titulares de derechos y obligaciones en México, no teniendo conciencia y voluntad propia, las empresas no podrían actuar con capacidad para responder penalmente por los antijurídicos que se les pretenda imputar. Dicha corriente ha sido ya superada en el derecho comparado, sin soslayar que previo a las reformas al Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 (cinco) de marzo de 2014, en específico en su Título X, Capítulo II referente a procedimientos penales especiales, se contemplo por primera vez la posibilidad de actualizar un procedimiento penal en contra de una persona jurídica, sin embargo dicha precisión contenía un requisito sine qua non, es decir, resultaba indispensable para intentar el ejercicio de la acción penal en contra de una persona jurídica, el que previo al ejercicio de dicha acción, existiera imputación a la persona física o individuo que cometiera materialmente el injusto penal.

Actualmente, tras la reforma de 7 (siete) de junio de 2016 (dos mil dieciséis), se eliminó dicho requisito de procedibilidad para intentar la acción penal en contra de personas jurídicas, dotando de autonomía a la empresa frente a aquella que pudiera ser imputada a las personas o persona física que materialmente ejecutó el injusto penal.

En ese entendido, tenemos que actualmente el arcaico aforismo latino que estipulaba que las personas jurídicas no pueden cometer delitos, ahora se entiende y reza de la siguiente manera “societas delinquere potest”, es decir, las personas jurídicas si tienen potestad y capacidad para delinquir. Pues, de explorado derecho y conocimiento general resulta que, la utilización de empresas para cometer delitos es una verdad incuestionable y de aquí surge la necesidad de plantear en los textos legales su responsabilidad penal, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad organizada, y también ambiental, tienen su origen en las empresas grandes y poderosas.²³

En ese sentido, actualmente se sigue la corriente que expresa que las empresas son capaces de acción, por que son destinatarias de las normas jurídicas y son capaces de producir efectos o

²³ Coca Vila, Ivó; Uribe Manríquez, Alfredo René; Atahuman Pacuar, Jhuliana y Reyna Alfaro, Luis. **COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS**. México, Editorial Flores, 2017/2020, pp.286.

resultados previstos en tipos penales, que se traducen en la lesión de determinados bienes jurídicos²⁴.

Resulta indispensable para la comprensión del presente título dar a conocer los modelos o tipos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas reconocidos por la doctrina, pues una pregunta frecuente entre los estudiosos del derecho penal, consiste en ¿Cómo es que una ficción jurídica como lo es una sociedad anónima, puede cometer actos por su cuenta?, o bien ¿Cómo es que se intenta imputar responsabilidad penal a una empresa por actos cometidos por personas físicas?, mismas que se trataran de contestar con las líneas subsecuentes.

Los modelos de imputación mas reconocidos por la doctrina son dos, 1) el sistema de transferencia en sus dos vertientes y 2) el sistema de responsabilidad por defecto en la organización de la sociedad.

El primero de los tipos de imputación de responsabilidad jurídica a empresas es el sistema de transferencia, el cual consiste en que si una persona física comete un delito dentro de una sociedad, e decir en nombre de esta, por su cuenta y/o en su provecho la responsabilidad penal del individuo se extiende a la empresa; el anterior criterio presenta dos sub modalidades, el primero de ellos es el proveniente de la doctrina norteamericana del “respondeat superior”, por otro lado tenemos la corriente británica denominada de “identificación”.

La teoría del “respondeat superior” norteamericana, hace alusión a que la responsabilidad penal del individuo que actuó dentro del seno de la empresa y que cometió un hecho señalado por la ley penal como delito, se extiende a la esfera jurídica de la empresa cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que exista actuación culpable del activo del delito, b) que dicha actuación se realice dentro de los fines de la empresa, es decir, que la actuación del activo físico del delito haya sido ajustada a la prosecución del objeto de la empresa o de los fines de esta y c) que dicha actuación haya sido realizada por el delincuente con el fin de beneficiar a la empresa, este último punto se pone de relieve si consideramos que dentro de la normativa societaria en México existe la denominada corriente de los actos “ultra vires”, los cuales son aquellos actos ejecutados por los miembros de la sociedad que van mas haya de las facultades conferidas por la sociedad de que

²⁴ Idem. (pp.291)

forman parte y que le fueron otorgadas, por eso se exige que el delito se haya cometido en beneficio de ésta.

De ese modo, la teoría británica de la identificación responde a que, para poder imputar penalmente a una persona jurídica bajo dicho modelo, se requiere que quien haya cometido el delito sea una de las personas que conforman el grupo de control de la sociedad, es decir se requiere que el injusto penal sea cometido por un directivo o “top manager” de esta, y no así por un simple empleado.

Por su parte, el segundo criterio de imputación penal para personas jurídicas es por defecto en la organización de la sociedad. A grandes rasgos tenemos que dicho modelo, trae al a vida la responsabilidad penal autónoma de la empresa respecto de aquella en que pudiera incurrir las personas físicas que materialmente cometieron el acto, siendo esta la principal diferencia entre el sistema de transferencia y el que se comenta en estos momentos.

El defecto en la organización consiste en que, lo que se analiza es el hecho propio de la empresa, tomándolo en cuenta como un ente titular de derechos y obligaciones con personalidad y patrimonio autónomo de sus creadores, analizando su estructura interna y forma de organización, para poder determinar si el modo de organizarse elegido es negligente y si esta forma facilitó la comisión del delito cometido en su seno.

De lo anterior se desprende que el modelo de organización defectuosa de la sociedad impone implícitamente un deber organización interno y estructuración de la sociedad, un deber de observancia a la forma de organización y estructura, así como un deber respecto a la vigilancia y previsión de los probables delitos que por su forma de organización pudieran cometer las sociedades.

Así pues, a lo largo de este título expondrá de manera general, la responsabilidad jurídica a que pueden ser sujeta las empresas bajo el marco normativo penal mexicano, se expondrán de manera breve los aspectos procesales del responsabilidad jurídica de las empresas, el concepto de defecto de organización aplicado en México, así como una breve mención a la reciente figura del programa de cumplimiento como una atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias jurídicas que pueden imponerse a dichas empresas en caso de responsabilidad penal.

ii. Aspectos Procesales

Como bien se menciono anteriormente, a partir de 2014 y su posterior reforma de 2016, se introdujo en la legislación penal, en especifico en el Código Nacional de Procedimientos Penales la posibilidad de que una persona jurídica pudiera ser sometida aún proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito al interior de la misma, aun sin tener identificado, señalado o bien haber iniciado un proceso penal en contra de la persona física que materialmente cometió el delito para poder procesar penalmente a una empresa.

En ese entendido, anterior a la reforma de 2016, el precitado Código Adjetivo Penal Nacional, establecía el siguiente criterio relativo a la imputación de delitos a personas jurídicas, veamos:

“Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica cometa un hecho con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella. El Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de esta, solo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.”

Como se puede desprender del párrafo anterior, la imputación de delitos a empresas dependía de que previo al ejercicio de la acción penal en su contra, se ejercitara acción penal contra el responsable persona física de dicho delito, con lo cual se puede afirmar que la tradición en cuanto a modelo de imputación de responsabilidad penal en México, atendía a los postulados del modelo norteamericano de la transferencia de responsabilidad, pues era necesario que existiera responsabilidad penal o bien se imputara responsabilidad penal por la comisión de un delito a una persona física previo a la imputación hacia la persona moral.

En ese mismo orden de ideas, es necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regula lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo anterior sin soslayar que, la regulación de dicha modalidad de responsabilidad penal no ha tenido gran eco en el legislador mexicano y ha dejado una deficiente legislación al respecto, en específico en la parte sustantiva, pues únicamente se ha introducido por el legislador mexicano la figura en comento, en el cuerpo de un ordenamiento procesal y no así en los Códigos Penales de las entidades y el respectivo Código Penal Federal.

El artículo 421 del Código Penal Adjetivo Nacional establece lo siguiente:

*“Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma
Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además*

existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido.

No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito.

La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente, cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia.

Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas”

En primer término, debemos destacar que a diferencia del texto anterior del artículo 421 del precitado código, tras la reforma de 2016, el legislador mexicano optó por cambiar el modelo de imputación o sistema de imputación utilizado para perseguir penalmente a las personas jurídicas.

Esto es que, de acorde al proemio de dicho artículo, es la propia ley la que ahora considera de autónoma a la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a aquella que pudiera incurrir las personas físicas que materialmente ejecutaron el injusto penal.

De igual forma podemos destacar que, de acuerdo con lo estipulado por dicho numeral procesal, se utiliza el método de defecto en la organización toda vez que, el primer párrafo en comento establece que las personas jurídicas serán responsables penalmente de los actos cometidos en su seno, cuando se detecte que hubo inobservancia del debido control de su organización.

Así pues, podemos determinar con precisión que los elementos de la imputabilidad son los siguiente:

- 1) Que el delito cometido en su seno sea cometido a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas-empresas-proporcionen y;
- 2) Que exista inobservancia del debido control de su organización.

Lo anterior nos arroja lo dicho en líneas precedentes, respecto del método utilizado, pues se puede llevar a proceso penal a una empresa, aún cuando toda vía no se haya identificado a la persona física que ejecutó la conducta delictiva inobservando el debido control implementado al interior de la empresa a la que pertenece.

iii. Defecto en la Organización

Como bien se menciona con anterioridad, uno de los elementos claves para imputar de responsabilidad penal a una persona jurídica, es que exista inobservancia del debido control de su organización, lo que nos lleva inducir la necesidad y/u obligación con la que deben cumplir las empresas, es decir, al menos presuntivamente se deduce que el numeral en comento impone la obligación a la sociedad y a su grupo de control de contar con algún mecanismo de cumplimiento “compliance” en aras de velar por adecuado funcionamiento de la sociedad y no incurrir en delitos por su forma de estructuración y manejo.

A lo anterior cabe agregar la siguiente cita a palabras de Zugaldia Espinar la cual define a dichos mecanismo de cumplimiento de la siguiente manera:

Corporate Compliance, es un protocolo o mecanismo integrado estructural, orgánica y jerárquicamente en la sociedad para ejercer el “debido control”, es decir evitar conductas indeseables de sus directivos y empleados, con la finalidad de aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal²⁵.

Al tenor de lo anterior, podemos decir que dicho numeral así como la implementación de dichos mecanismos son una manera de que la empresa se autoimponga una serie de obligaciones para dar satisfacción a dichas normas.

²⁵ Idem. (pp. 299)

iv. Consecuencias Jurídicas

A su vez, tenemos que el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, regula las penas que pueden imponerse a una persona jurídica por la comisión de algún delito, consistentes en:

1. Sanción Pecuniaria o Multa;
2. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;
3. Publicación de la sentencia;
4. Disolución, o;
5. Las demás que expresamente determinen las leyes penales.

No debemos pasar por alto, que cuando se imponga como pena o consecuencia la disolución de la persona jurídica, para la imposición de la sanción relativa a la disolución, el órgano jurisdiccional deberá ponderar además de lo previsto en este artículo, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.

Así mismo, las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrá imponérseles una o varias de las siguientes consecuencias jurídicas:

- 1) Suspensión de sus actividades;
- 2) Clausura de sus locales o establecimientos;
- 3) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión;
- 4) Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público;
- 5) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, o
- 6) Amonestación pública.

Después de todo, la posibilidad de imputar y procesar penalmente a una persona jurídica responde a una necesidad de evolución por parte de nuestro derecho penal, sin embargo, el legislador mexicano se ha mostrado renuente a realizar un trabajo a profundidad y una reforma en

los códigos penales estatales así como federales para dotar de un lado sustantivo a tan relevante tema, sin embargo, lo expuesto en este título únicamente tiene como propósito dar a conocer las generalidades de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México, lo cual ante la laxa y deficiente redacción de la normatividad al respecto, nos lleva a inducir que cumpliendo con los requisitos que establece el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, una persona jurídica puede ser acusada y procesada por cualquier delito, incluso aquellos en contra del Fisco Federal, como el de defraudación fiscal o defraudación fiscal equiparada, así como del delito de delincuencia organizada, incluso se podría llegar a imputar a una persona jurídica por el delito de defraudación fiscal en su modalidad de delincuencia organizada, aunque a criterio del autor del presente trabajo, la naturaleza de una persona jurídica nacida a la vida con arreglo a las leyes mexicanas, no reúne las características propias que los delitos cometidos por la delincuencia organizada contienen, sin embargo lo anterior será estudio de el siguiente capítulo.

Capítulo III

ANÁLISIS AL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, ASPECTOS PROCESALES Y GENERALIDADES

a. NOCIONES GENERALES

El combate al fenómeno delictivo y a la comisión de delitos de alto impacto, entendiéndose estos como aquellos que por su naturaleza atentan contra los principios básicos de la salud social y el estado de derecho, ha sido una de las tareas y retos mas significativos para el Estado Mexicano, así como para los diversos países del mundo.

Como respuesta a dicha necesidad de prevención general y especial de dichos delitos, el 7 (siete) de noviembre de 1996 (mil novecientos noventa y seis), se publico la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, esto como muestra de compromiso del estado para atacar de manera oportuna delitos y organizaciones que, por su naturaleza tienden a rebasar y burlar fácilmente a los cuerpos policiacos y de procuración de justicia; esto es, por la rigidez que el sistema penal ordinario presenta ante los organismos de prevención, persecución y enjuiciamiento, pues se ven restringidas muchas facultades que estos puedan tener en la investigación y persecución de estos delitos.

De ahí que, con la promulgación de la mencionada Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el Estado Mexicano se suma al esfuerzo internacional de diversos países por combatir estructuras criminales peligrosas y violentas que ponen en riesgo el estado de derecho e imponen la descomposición del tejido social.

Sin embargo, no debemos soslayar que como se planteó en la exposición de motivos que dio vida a dicha ley especial, esta seria utilizada para combatir determinados delitos cometidos por grupos que reunían características especiales, por lo que no cualquier “asociación delictuosa”, pudiera ser juzgada bajo un régimen penal que, claro está, resulta represiva y restrictiva de derechos humanos y procesales a los sujetos investigados y juzgados bajo ese régimen.

Aunado a lo anterior, no debemos pasar por alto que uno de los temas centrales bajo los cuales se erige dicha ley, es que dichos grupos tienen características especiales en su forma de estructura y operación que hacen difícil perseguirlos con los métodos tradicionales, que estos grupos muestran entre otras características especiales, el de tener una forma de organización jerárquica, el uso de la violencia y la corrupción, así como la transnacionalización de sus actividades.

Lo anterior, acarrea el florecimiento de actividad tales, como el tráfico ilegal de armas, el uso característico de la fuerza física para lograr sus cometidos, la corrupción y la evidente pérdida de la seguridad urbana tanto como rural.

En ese entendido, se tiene que el actor principal dentro del crimen organizado era y sigue siendo el fenómeno del narcotráfico, por ello el Ejecutivo Federal lanzo el Mensaje a la Nación del 1º (primero) de diciembre de 1994 (mil novecientos noventa y cuatro), se sostuvo que la impunidad frente al narcotráfico era una realidad que debía tener cabida en el Estado Mexicano, pues el narcotráfico representaba la mayor amenaza a la seguridad nacional, riesgo a la salud social y es la principal fuente de violencia en México.

De lo anterior podemos destacar que dicha ley especial, de acuerdo con la exposición de motivos de ésta, su espíritu se centraba principalmente en la lucha contra el narcotráfico, los delitos contra la salud, el tráfico de armas, el secuestro, etc.; delitos que por su naturaleza tienden a ser violentos, lo anterior en virtud de que las organizaciones criminales mexicanas, estaban directamente relacionadas y vinculadas a los carteles de la droga, los cuales sí cumplen con las características que por su naturaleza tienen las organizaciones criminales organizadas.

Características las anteriores que si bien, ya han sido mencionadas, las más importantes son el empuje de la violencia, la corrupción y una estructura jerárquica que responde a líderes máximos, líderes los anteriores que se encuentran dentro de una cúpula criminal que en su mayoría no puede ser detectada con facilidad por las fuerzas del orden público.

De ahí que, otras notas características de los grupos de la delincuencia organizada de acorde a la propia exposición de motivos de la ley especial son lo siguientes:

- 1) Estas organizaciones no tienen metas ideológicas diferentes al dinero;
- 2) Tienen una estructura jerárquica vertical rígida;
- 3) Existe una limitación y exclusividad dentro de sus miembros;
- 4) Tienen un ánimo de permanencia que va mas allá de la vida de sus miembros;
- 5) El uso de la violencia y la corrupción como nota principal y característica de estas organizaciones y;
- 6) Estas organizaciones operan mediante células que solo se comunican entre si a través de sus mandos superiores.

Así mismo, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no es el primer intento que el estado mexicano ha realizado para combatir a dichos grupos delincuenciales, pues como bien se mencionó, desde 1994 (mil novecientos noventa y cuatro) con el Mensaje a la Nación, el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, la Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico de 1995, así como las diversas disposiciones que en la última década del siglo XX, tales como Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal, así como su homólogo en materia sustantiva para el extinto Distrito Federal, el espíritu de estos ordenamientos y acciones van enfocados a combatir organizaciones criminales que se reunieran para el efecto de cometer los diversos delitos de modo violento y reiterado, en obvio de repeticiones, a todas luces una Ley dirigida a combatir a los Carteles de la Droga.

b. MARCO NORMATIVO ACTUAL DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Actualmente, la redacción del artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ha sufrido diversos cambios tras las constantes reformas que ha sufrido la ley de la materia, así como que se ha constitucionalizado con la introducción de dicho tipo penal al párrafo octavo del artículo 16 de la Carta magna, veamos:

Artículo 16. (...) Por delincuencia organizada se entiende 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. (...)

Por su parte, el artículo 2º de la Precitada Ley Contra la Delincuencia Organizada, establece el siguiente concepto:

Artículo 2o.- Cuando 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: (...)

Podemos mencionar de primera instancia que el tipo penal de la delincuencia organizada es de los denominados por la doctrina como “alternativamente formados”, pues para su actualización, no es necesaria una exclusiva conducta, sino una diversidad de variantes, toda vez que del propio texto legal se establece él un solo supuesto de confirmación del delito la organización de hecho²⁶.

²⁶Santoyo Castro, Alejandro E; y Góngora Pimentel, Genaro David. **CRIMEN ORGANIZADO: REALIDAD JURIDICA Y TECNICAS DE INVESTIGACIÓN**. 2ª ed. México, Porrúa, 2010/2016, pp.63.

Así pues, es necesaria la acreditación de conductas que por sí solas o unidad a otras, tengan como fin o resultado el cometer alguno de los delitos que tanto la Carta Magna como la Ley especial de la materia limitativamente expresan, de igual forma se requiere de un elemento adicional y subjetivo, el dolo, pues así ha sido aceptado por la Jurisprudencia número “II.2o.P. J/22”, de rubro **“DELINCUENCIA ORGANIZADA. NATURALEZA DEL DELITO DE.”**; veamos:

*“Época: Novena Época
Registro: 174276
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXIV, Septiembre de 2006
Materia(s): Penal
Tesis: II.2o.P. J/22
Página: 1194*

DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.

Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen 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 que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito 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. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo. ”27

²⁷ **Delincuencia organizada, naturaleza del delito de.** Amparo en revisión. Tribunal Colegiado de Circuito. Clave II.2o.P. J/22. (SJF: 9ª época, Tomo XXIV, Sept., 2006, p. 1194). Disponible en línea: SCJN <

En este mismo orden de ideas, procederemos a analizar los elementos típicos de la delincuencia organizada, considerando para tal efecto 4 elementos-de tipo objetivo-principales de actualización del tipo y uno adicional de carácter subjetivo, veamos:

- 1) La organización de hecho que;
- 2) Se reúna para realizar actos que por si solos o unidos a otros;
- 3) Tengan como motivo, fin o resultado;
- 4) Cometer delitos de los establecidos en el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Por otro lado, tenemos que el elemento de tipo subjetivo adicional a los anteriores, consiste en el título bajo el cual se comete dicho injusto penal, esto es el dolo, que se traduce para efectos del delitos de delincuencia organizada en esa particular finalidad de cometer los delitos que la ley de la materia regula.

Igualmente, se debe señalar que el delito de delincuencia organizada, este compuesto por dos elementos normativos consistentes en las siguientes locuciones: “Se organicen de hecho” y “En forma permanente o reiterada”. La primera de estas locuciones se conforma de dos aspectos, uno interno y otro externo; el aspecto interno que a criterio del autor del presente texto es de carácter subjetivo, es la voluntad o finalidad del sujeto de pertenecer al grupo y de tomar un rol específico dentro de esta organización, es decir, necesariamente el sujeto activo debe de tomar parte activa en dicha organización criminal; por su parte el aspecto externo atiende a, movimientos corporales desarrollados por el sujeto activo y el nexo causal entre la acción y resultado en que desemboque la organización de hecho, esto es el de cometer delitos.

La segunda de estas locuciones relativa a la permanencia o reiteración de la conducta refleja como el propósito o voluntad de la organización respecto de estabilidad en el tiempo, es decir en palabras de Góngora Pimentel²⁸, que la organización delictiva se establezca con ánimos de permanencia en el tiempo.

De lo expuesto con anterioridad resalta la siguiente interrogante, ¿Cómo se consuma el delito de delincuencia organizada?, bien, dicho delito es de los denominados por la doctrina como delito de consumación anticipada, estos son porque el tipo delictivo no requiere para la consumación la obtención de los fines típicamente relevantes del autor, esto es la realización del último acto o el resultado final; por eso que el delito se consuma con la sola participación en la

²⁸Santoyo Castro, Alejandro E; y Góngora Pimentel, Genaro David. Ob. Cit. (pp.)

organización. Criminal, pues este es un delito con características únicas de peligro, abstracto y doloso, el cual provoca la comisión de diversos delitos.

Al ser un delito de consumación anticipada sin la necesidad de que sean cometidos o concretados los supuestos contenidos en el segundo párrafo del artículo 2º de la precitada ley de la materia, entonces, ¿Qué es lo que se castiga?, a lo anterior podemos afirmar que lo que el tipo penal de delincuencia organizada sanciona es, el acto a través del cual se materializa el pensamiento predeterminado de organizarse o adherirse al conglomerado criminal para cometer delitos, se cometan o no, el delito esta consumado con la sola pertenencia al grupo.

Y, ¿cómo se materializa dicho pensamiento?, dicho elemento subjetivo se materializa o se traduce en la organización de hecho de 3 o mas personas de forma reiterada o permanente para cometer los delitos sancionados por el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Así pues, tenemos que dicho tipo penal, en obvio de repeticiones, es un delito aleatorio, de consumación anticipada, doloso, de peligro y abstracto. Con lo anterior tenemos que los elementos del cuerpo del delito son, 1) La existencia de tres o mas personas que se organizan de hecho, 2) que esa organización de hecho sea en forma permanente o reiterada y 3) que la finalidad de dicha organización sea cometer alguno de los delitos que señala el artículo 2º de la Ley Federal de Delincuencia Organizada, considerando para efectos del presente trabajo, que posterior a la reforma del 8 de noviembre de 2019, se considera como un delito que pueda cometer la delincuencia organizada el de defraudación fiscal, previsto en el artículo 108, 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, esto es que defraude al fisco federal por una cantidad igual o superior a los 7.8 millones de pesos.

c. COSA JUZGADA EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

El presente título únicamente expondrá lo establecido por el artículo 41 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el cual regula el ofrecimiento de pruebas dentro del proceso penal por delincuencia organizada, veamos:

“Artículo 41.- Los jueces y tribunales, valorarán aisladamente o en su conjunto los indicios, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca. Las pruebas producidas en un proceso distinto podrán ser utilizadas en la investigación y la persecución de la delincuencia organizada y serán admitidas para su respectiva valoración con los demás medios probatorios.

En los procedimientos penales se tendrá por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada cuando exista una sentencia judicial irrevocable emitida por cualquier tribunal nacional o extranjero que tenga por acreditada dicha existencia. En estos casos, en los procedimientos penales seguidos en contra de cualquier imputado, se deberá probar su vinculación a dicha organización delictiva, así como demás elementos que se requieran para que pueda ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.”

Lo anterior constituye a todas luces un claro ejemplo de lo que es la cosa juzgada en esta materia, pues debe decirse que se llama cosa juzgada es la verdad legal, formada por una sentencia definitiva, irrecurrible, indiscutible e inmodificable, por lo que de acorde con el texto del numeral transcrito con anterioridad, la sentencia irrevocable que tenga por acreditada una organización criminal en un proceso penal, puede ser utilizada como prueba plena respecto de la existencia de dicha organización en proceso penal diverso seguido en contra de cualquiera de sus presuntos integrantes, por lo que únicamente será materia de juicio el probar la vinculación del imputado a dicha organización, cuestión que a todas luces facilita el procesamiento y enjuiciamiento de los miembros de la delincuencia organizada.

d. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Respecto a este tema, hay que mencionar que el régimen procesal al que se le impone a las personas sujetas a un proceso penal en materia de delincuencia organizada, es uno de corte “excepcional” o bien, como suele llamársele en la doctrina, constituye un régimen penal de excepción, esto es, debido a que los investigados/imputados tendrán una restricción significativa en su esfera de derechos humanos y procesales, entre los cuales destaca la criticada figura del arraigo, la duplicidad del plazo constitucional para retener a una persona, la intervención de comunicaciones privadas, la reclusión preventiva, la imposición de manera oficiosa de la prisión preventiva, entre otros, los cuales serán analizados de manera breve para efectos de dar un panorama mas amplio a las consecuencias jurídico penales que impone ser sujeto a dicho régimen.

Como bien se mencionó, el arraigo es una de las figuras mas criticadas que aún tienen cabida dentro de nuestra legislación, la cual no solo es contemplada en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, sino que, esta encuentra un sustento Constitucional en el octavo párrafo del artículo 16 de la citada carta magna. Al respecto cabe mencionar que, pese a las duras críticas recibidas por numerosos doctrinarios el legislador mexicano ha optado por conservar dicha figura para los casos de delincuencia organizada, limitándolo entre otros a las siguientes circunstancias: 1) Solo puede decretarse por orden judicial, 2) debe solicitarla el Ministerio Público Federal, 3)

solo aplica para delitos de delincuencia organizada, 4) deberán constar las modalidades de lugar. Tiempo y 5) su plazo por regla general no debe de exceder los cuarenta días, sin embargo, a solicitud del ministerio Publico federal, podrá ser ampliado hasta por ochenta días, cuando la autoridad ministerial federal acredite que subsisten las causas que le dieron origen.

Por otra parte, dicha medida solo podrá ser decretada bajo tres supuestos; el primero de ellos, es que sea indispensable dicha medida para el éxito de la investigación, el segundo, que tenga como finalidad la protección de personas o bienes jurídicos y por último, que exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

De ahí que, ante la severidad de dicha figura procesal, es que se considera que esta aún y encontrando mañosamente un sustento constitucional, atenta en contra del principio de presunción de inocencia que debe regir en sistema penal acusatorio y los límites de la prisión preventiva, lo anterior en virtud de que, el arraigo es un mecanismo que, sin ser la consecuencia de un proceso penal, priva a la persona arraigada de su libertad y atenta contra el principio de presunción de inocencia, por lo que su aplicación contradice lo establecido en el Artículo 1º Constitucional, en particular respecto al postulado sobre efectuar la interpretación más amplia en favor de la persona.

Así mismo, considero que el arraigo es una forma de detención arbitraria introducida en nuestro derecho a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008.

El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio (sin que a la fecha se hubiera regulado sobre la licitud de las pruebas obtenidas bajo arraigo).

Es por ello que la persona afectada queda en estado de indefensión en virtud de que no es considerada indiciada ni inculpada y por ende, sus derechos son totalmente vulnerados, por consiguiente, considero que se debe evitar la aplicación de esta figura que priva de la libertad de manera provisional antes de ser sujeto a juicio.

Otro de los aspectos procesales que mas impacto tienen en la persona sujeta al régimen penal de excepción de los delitos de delincuencia organizada, es la ampliación del plazo constitucional que tiene el Ministerio Público Federal para poner a un indiciado a disposición del juez de control, esto, cuando sea detenido en flagrancia o caso urgente. Pues, se considera que el plazo de 48 horas que como regla general establecen la Constitución y la propia ley especial en

materia de delincuencia organizada es insuficiente para integrar la carpeta de investigación en su fase de inicial, facultando a dicha autoridad ministerial federal para que en atención a lo dispuesto por el artículo 16 párrafo décimo de la Constitución Federal, retenga a un indiciado hasta por 96 horas. Sobre el caso en particular es de mencionarse que al igual que la figura del arraigo, si bien, esta no es tan drástica dada su duración en el tiempo, también configura una variante de violación al principio de presunción de inocencia y la libertad de ambulatoria, sin embargo al encontrar sustento en la carta magna, no queda mas que esperar una eventual modificación a tan invasivo régimen.

Por otro lado, el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, en casos de investigación de delitos de delincuencia organizada tendrán la facultad de reservar los registros de la investigación y con esto, permitir el acceso a los autos de la carpeta de investigación únicamente al defensor que haya aceptado y protestado el cargo y propio imputado, únicamente respecto de los hechos imputados en su contra.

La intervención de las comunicaciones privadas, de acorde lo establecido por el artículo 16 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así como el numeral 16 Constitucional, párrafos doce al quince, es otro de los aspectos procesales que mas llama la atención en la investigación de estos delitos, toda vez que constituye una herramienta eficaz para que en este caso, el órgano investigador pueda tener panorama desde adentro de la organización, en su forma de funcionar y operar, sin soslayar que existen dos criterios para poder intervenir las comunicaciones privadas con motivo de la investigación de delitos cometidos por la delincuencia organizada, esto es, la intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial cuando estas sean aportadas por alguno de los particulares que participen en ella y cuando no se viole con esta medida el deber de confidencialidad que establezca la ley. El segundo supuesto de intervención de comunicaciones privadas que necesita la autorización judicial federal es a petición del Ministerio Público Federal, sin embargo, aún y que esta constituye una herramienta eficaz para la investigación de este tipo de delitos, no debemos pasar por alto que, por su naturaleza por demás intrusiva, atenta en contra de los principios de privacidad de las comunicaciones, el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a no auto incriminarse.

Uno de los aspectos procesales mas relevantes inherentes a la investigación y procesamiento de los delitos de la delincuencia organizada, consiste en la medida cautelar de la

prisión preventiva oficiosa, contemplada por el artículo tercero último párrafo de la ley especial de la materia, así como por el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional, medida cautelar que al imponerse de manera prioritaria, atenta a todas luces en contra del principio de última ratio de la medidas cautelares, subsidiariedad, presunción de inocencia y a los límites de la prisión preventiva, pues bajo el argumento de que por su peligrosidad, los indiciados por el delito de delincuencia organizada en sus diversas modalidades tengan mayor riesgo de sustraerse de la acción de la justicia, es un juicio anticipado de culpabilidad que la propia norma constitucional aprueba, constituyendo en opinión propia un grave error de técnica legislativa y una violación flagrante a los postulados que la propia carta magna establece en relación al debido respeto a los derechos humanos.

Así pues, los anteriores y otros aspectos se ven mermados a las personas sujetas al régimen penal de excepción de la delincuencia organizada; si embargo, ahondar en el tema sería materia de un trabajo diverso del cual no es la intención.

Capítulo IV

CRÍTICA AL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EN SU MODALIDAD DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, INVIABILIDAD DEL TIPO.

a. NOCIONES GENERALES

La defraudación fiscal constituye una de las fugas de ingreso mas grandes para el erario público, situación por la cual, el 8 de noviembre de 2019, se lanzó un decreto de reforma a diversos ordenamientos nacionales tales como, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Ley de Seguridad Nacional, el Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación, siendo los que nos importan para efectos del presente título, son las reformas al Código Fiscal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y del Código Nacional de Procedimientos Penales, para lo cual se elaboro un cuadro comparativo de dichas reformas, precisando desde este momento, que únicamente se realizara dicho cuadro comparativo a la luz del delito de defraudación fiscal en su modalidad de delincuencia organizada con las implicaciones sustantivas y procesales que esta presenta, lo anterior sin olvidar que, otros delitos fiscales que ahora son considerados y normados, bajo ciertos requisitos como ejecutados o bien planeados por un grupo de la delincuencia organizada son: El contrabando y su equiparable, la defraudación fiscal equiparada, así como la compra y venta de comprobantes fiscales (facturas) que amparen operaciones inexistentes o actos simulados, de igual forma ahora se sanciona a quien “a sabiendas”, publique o permita la publicación para la compra y venta de facturas.

Así pues, se reformaron, 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:

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	
Anterior a la reforma de 2019	Reformado
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.	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 VII. ... VIII. <u>Contrabando y su equiparable</u> , previstos en los artículos 102
Comentario: Previo a la reforma de 2019, no se contemplaban los delitos fiscales que señala el	

Código Fiscal de la Federación dentro de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, situación por la cual, la fracción “VIII” anterior a la reforma, no guarda relación alguna con la actual.	y 105 del Código Fiscal de la Federación; VIII Bis. <u>Defraudación fiscal, previsto en el artículo 108,</u> 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. <u>Las conductas previstas en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación,</u> 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;
--	--

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 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para quedar como sigue:

CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	
PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	
Anterior a la reforma de 2019	Reformado
Artículo 167. – Causas de procedencia (Prisión Preventiva Oficiosa) Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previsto en el Código Penal Federal de la siguiente manera: I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;	Artículo 167. – Causas de procedencia (Prisión Preventiva Oficiosa) Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Fiscal de la Federación, de la siguiente manera: Contrabando y su 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 sean calificados;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis; IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145; IX. 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 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 202; Turismo sexual en contra 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 los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio 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	II. Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, 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.
---	---

resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter; XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero. El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.	
ACUERDOS REPARATORIOS	
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 el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a delitos dolosos, salvo que hayan transcurrido dos años de haber dado cumplimiento al ultimo acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.	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 haya 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.
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO	
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 . Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y	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. ...

II . Que no exista oposición fundada de la victima u ofendido. Quedan exceptuados de suspensión condicional del proceso los casos en el imputado en forma previa haya incumplido una suspensión condicional del proceso, salvo que haya transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución a la primera suspensión condicional del proceso, en cualquier fuero del ámbito local o federal.	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.
CRITERIOS DE OPORTUNIDAD	
Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de los 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 publico.	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.

Para efecto del mejor entendimiento de la tabla anterior se proponen las siguientes definiciones de acorde lo establecido por el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como de la doctrina, veamos.

Prisión Preventiva Oficiosa: Es una medida cautelar que tiene por objeto, asegurar la presencia del imputado en la secuela procesal penal, recluyéndolo en el centro de readaptación social mas cercano a su localidad y la cual no podrá exceder del plazo de 2 años, esto, ante inviabilidad de aplicar las diversas formas de conducción del imputado al proceso penal, bajo los principios de última ratio de las medidas cautelares y los límites de la prisión preventiva.

Acuerdos Reparatorios: En atención a lo dispuesto por el articulo 186 del Código Procesal Penal, los acuerdos reparatorios son aquellos celebrados entre las víctimas u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Publico o el Juez de Control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

Suspensión Condicional de Proceso: En atención a lo dispuesto por el diverso 191 del Código Adjetivo Penal, por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Criterios de Oportunidad: Es un instrumento procesal que permite una solución alternativa al proceso penal, que permite extinguir el ejercicio de la acción penal-desde la etapa de investigación y antes del auto de apertura de juicio; siempre que se hayan reparado o garantizado los daños mediante u acuerdo previo celebrado entre la víctima o el ofendido y la persona imputada, con la aprobación del Ministerio Público o bien, el Juez de Control, tratándose de delitos de menos lesividad²⁹.

Por su parte, se reformó el artículo 113 Bis y se derogó la fracción III del artículo 113 del Código Fiscal de la Federación, para quedar como sigue:

CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN	
Anterior a la reforma de 2019	Reformado
Artículo 113.- I . a III. ... III. Adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.	Artículo 113. – I . a III. ... III. Se deroga
Artículo 113 Bis. – Se impondrá sanción de tres a seis años de prisión, al que expida o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.	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.

²⁹ Alvarado Martínez, Israel. **La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio**. 2ª ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, pp.

	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.
--	--

En concatenación con los argumentos expuestos en los títulos y capítulos anteriores al presente, representan una necesidad para el desarrollo del tema toral del presente trabajo, pues a la luz del principio de mínima intervención estatal y los su principios que de este emanan, en conjunto con la flagrante oportunidad de perseguir penalmente a personas jurídicas por la comisión de delitos en su seno y las particularidades expuestas respecto del delito de delincuencia organizada, es que a continuación se expone primeramente las generalidades y tipo penal de defraudación fiscal, para así en primer término determinar el por qué, dicho injusto penal-con especial énfasis en las personas jurídicas no puede ni debe ser considerado como un delito cometido por la delincuencia organizada, posteriormente el último de nuestros capítulos expondrá el por que, a criterio del autor, sin prescindir de la inviabilidad de determinar a las personas jurídicas como grupos de la delincuencia organizada, dicha tipificación o bien agravación del delito, es una errónea y deficiente manera de reducir los índices de criminalidad.

b. DEFRAUDACIÓN FISCAL, TIPO PENAL Y GENERALIDADES

El delito de defraudación fiscal esta comprendido en una ley especial, es decir, este se encuentra regulado en el articulo 108 del Código Fiscal de la Federación, mismo que encuentra su descripción típica en el primer párrafo del precitado articulo, veamos:

“Articulo 108: Comete el delito de defraudación fiscal quien, con uso de engaños, o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.”

De entrada, podemos mencionar que el tipo penal de defraudación fiscal este compuesto esencialmente por las locuciones “con uso de engaños” y “aprovechamiento de errores”.

Dichas locuciones se perfeccionan o bien se actualizan mediante las siguientes cuatro hipótesis normativas:

- i. Mediante uso de engaños se omite parcial o totalmente el pago de alguna contribución en perjuicio del fisco federal.

- ii. Que mediante el aprovechamiento de errores se omita total o parcialmente el pago de una contribución en perjuicio del fisco federal.
- iii. Que mediante el uso de engaños se obtenga un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal.
- iv. Mediante el aprovechamiento de errores se obtenga un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal.

De lo anterior se desprende que dicho tipo penal, es de los llamados delitos complejos, pues para su actualización, existen diversas posibilidades de actuar que actualizan el injusto penal, o bien como lo establece Julio Aspe³⁰, en cualquiera de las anteriores modalidades es posible que se configure la defraudación fiscal.

Por su parte, en cuanto a los sujetos que participan de dicho delito, la defraudación fiscal, es de aquellos que no necesitan de un sujeto activo calificado, sino que estos son los llamados tipos penales de sujeto activo indeterminado. Para hacer énfasis en lo anterior cabe traer a colación nuevamente el tipo penal contenido en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, el cual en la parte que nos importa enuncia lo siguiente: “Artículo 108: Comete el delito de defraudación fiscal quien (...)”, la modalidad de tipo penal de sujeto indeterminado se la da la propia locución “quien”, pues esto supone que el delito puede cometerse por cualquier persona física o moral que participe o ejecute la acción descrita.

Así bien, en el caso que nos ocupa, el propio contribuyente persona moral, puede cometer el delito de defraudación fiscal.

Ahora bien, ¿Quién es el sujeto pasivo de la defraudación fiscal?, entendiendo como sujeto pasivo aquel sobre el cual recae directa o indirectamente la acción delictiva. En ese entendido y para no confundir al lector, debemos señalar específicamente en lo que toca al delito de defraudación fiscal, el sujeto pasivo de dicho injusto es el Estado Mexicano a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el cual para el caso en particular también reviste el carácter de víctima para efectos del proceso penal; lo anterior sin soslayar que únicamente nos referimos a la identidad en la calidad de sujetos pasivo y víctima del delito de defraudación fiscal, pues no sería

³⁰Aspe, Julio. **Lavado de dinero y Defraudación Fiscal en el Derecho Positivo Mexicano**. México, Porrúa, 2019, pp.

correcto afirmar que en diverso delito, el sujeto pasivo siempre reviste la calidad de víctima del delito.

Retomando lo expuesto con anterioridad referente a las locuciones o verbos rectores que componen la defraudación fiscal, cabe decir que es un delito que al ser complejo y regular dos acciones diferentes, este en cuanto a la conducta adoptada por el activo del delito, puede ser de acción o bien de comisión por acción. En lo que respecta la modalidad de delito por acción, esto es así debido a que el engaño, es una acción negativa que produce efecto de que el fisco federal tenga una concepción alejada de la realidad de la base gravable del contribuyente. Por otra parte, es de comisión por acción, en cuanto hace a la locución “aprovechamiento de errores”, pues se aprovecha el error en que se encuentra el sujeto pasivo para que el sujeto activo se beneficie con aquellos que sabe que no les corresponde, a guisa de ejemplo podemos mencionar los montos retenidos y no trasladados de contribuciones las que están obligadas a trasladar los contribuyentes.

Ahora bien, cabe la siguiente interrogante, ¿Qué es entonces lo que se sanciona específicamente?, lo que el tipo penal en comento quiere o pretende sancionar es el daño material que con su acción u omisión (comisión por omisión) causa al patrimonio del fisco federal. Por lo tanto, podemos decir que este es un delito de lesión, así como instantáneo, lo anterior en virtud de que el daño, o bien el perjuicio al fisco federal se verifica desde el momento en que se omite pagar una contribución o cuando se obtiene un beneficio indebido.

En ese orden de ideas, se afirma que el bien jurídico tutelado por el delito de defraudación fiscal, protege la recaudación de contribuciones a favor del fisco federal, lo cual se traduce en un deficiente reparto del gasto público, lo cual a criterio del autor del trabajo, es solo una de las causas por las cuales el Estado Mexicano a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, refleja una percepción de contribuciones baja, sin embargo dicha circunstancia será comentada mas adelante.

Por ultimo, no debemos pasar por alto que dicho injusto penal arroja la necesidad de que el activo del delito actúe con dolo, a contrario sensu, el delito de defraudación fiscal no admite la modalidad de comisión a título de culpa.

Así pues, para efectos de dicho delito, el dolo se manifiesta en la voluntad o intención deliberada de omitir el pago de una contribución o bien, obtener un beneficio indebido³¹, con conocimiento del perjuicio que dichas acciones imponen al fisco federal, es decir, el activo tiene la intención de causarle perjuicio al fisco.

En cuanto hace a la penalización y calificación de dicho delito, podemos decir es un delito que atiende a circunstancias especiales de carácter económico para la graduación de la pena, es decir, lo que se mide es el monto del perjuicio económico causado al fisco, sin embargo las penas corporales por dicho delito van de: 1) de tres meses de prisión a dos años cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,734,280.00; 2) dos años de prisión a cinco años cuando el monto de lo defraudado sea mayor a \$1,734,280.00 pero no de \$2,601,410.00; y 3) de tres años de prisión a nueve años cuando el monto de lo defraudado exceda la cantidad de \$2,601,410.00.

En lo que respecta a la calificativa, este es una característica de tipo procesal el cual atendiendo a las particularidades de caso la pena podrá aumentarse hasta en una mitad.

c. DEFRAUDACIÓN FISCAL COMETIDO POR UNA PERSONA MORAL COMO EN SU MODALIDAD DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

El presente título se abocara en exponer al lector los fundamentos por los cuales se afirma que un contribuyente persona moral, no puede ni debe ser catalogado como un grupo de la delincuencia organizada, toda vez que como se expuso en el capítulo “III”, el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo de los delitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, toda vez que al ser autónomo no depende de la verificación de otra conducta. Ahora bien, en primera instancia resulta indispensable traer a colación lo dispuesto por el artículo 1º de la Carta Magna, veamos:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

³¹ Idem. (pp.)

De la anterior transcripción se desprende que el constituyente no diferencia entre personas físicas y morales al hablar de la protección de los derechos humanos y las garantías que estos contienen y que la Constitución les reconoce.

Por otro lado, tenemos que el artículo 12 del Código Civil Federal establece lo siguiente:

Artículo 12.- Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

De igual forma el libro primero del precitado Código Civil Federal, habla acerca de “Las Personas”, sin embargo esta si hace una diferenciación entre quien es una persona física y quien es una persona moral, en cuanto a este ultimo aspecto, la fracción III, de artículo 25 del mismo código establece que son personas morales las sociedades civiles o bien, las sociedades mercantiles, las cuales para efectos de este trabajo han sido catalogadas como empresas, esto en virtud de la evidente actividad económica que realizan, pues así afirmamos de una interpretación a contrario sensu del artículo 2688 del Código Civil Federal, veamos:

“Artículo 2688.- Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.”

Por ende, son sociedades mercantiles aquellas que se constituyen para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación comercial, sírvase a lo anterior el siguiente criterio aislado.

Época: Novena Época

Registro: 163927

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXII, Agosto de 2010

Materia(s): Civil

Tesis: P. XXXVI/2010

Página: 245

SOCIEDAD MERCANTIL. SU CONCEPTO.

La Ley General de Sociedades Mercantiles regula las sociedades mexicanas, reconociendo a las siguientes: I. Sociedad en Nombre Colectivo; II. Sociedad en Comandita Simple; III. Sociedad de Responsabilidad Limitada; IV. Sociedad Anónima; V. Sociedad en Comandita por Acciones; y, VI. Sociedad Cooperativa. Sin embargo, no señala lo que debe entenderse por sociedad mercantil, para lo cual es útil acudir a la doctrina y a la definición de sociedad civil contenida en el numeral 2688 del Código Civil Federal, conforme al cual por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Conforme a lo anterior, por exclusión natural de uno de los componentes de la

definición legal de sociedad civil se arriba al concepto de sociedad mercantil, a saber, el de la especulación, entendiéndose por ésta la ganancia, beneficio o lucro que se sigue de una actividad. Luego, en términos generales, la sociedad mercantil es la persona jurídica distinta de los socios que la integran derivada del contrato de sociedad, por medio del cual se obligan mutuamente a combinar sus recursos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación comercial. Contradicción de tesis 233/2009. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 10 de mayo de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Óscar Palomo Carrasco.³²

En ese entendido, podemos afirmar que por persona moral, también se entiende a aquellas personas o bien organizaciones de derecho, entendiéndose como aquellas que gozan de capacidad jurídica y que pueden ser sujetos de derechos y obligaciones en el marco de sus respectivas competencias, así mismo estas organizaciones a criterio del autor se reputan como organizaciones de derecho, toda vez que las mismas para su validez y regularidad deben de ser creadas y establecidas con arreglo a las leyes mexicanas, es decir que estas sean constituidas bajo alguna de las modalidades que señala el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como el artículo 2º de dicha ley la cual reconoce el carácter de autonomía de la persona, organización u empresa, respecto de los socios que la crearon, dotándola de personalidad, capacidad y patrimonio autónomo.

Por otro lado, tenemos que, al ser organizaciones de derecho creadas con arreglo a las leyes mexicanas, dichas personas morales son de nacionalidad mexicana, por lo cual estas también se ven obligadas a contribuir al gasto público de acuerdo a la fracción IV, del artículo 31 de la Constitución Federal, veamos:

“Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

Derivado del anterior, el primer párrafo del artículo 1º del Código Fiscal de la Federación establece lo siguiente:

³² **Sociedad mercantil. Su concepto.** Tesis Aislada. Contradicción de Tesis. Pleno de la SCJN. Clave P. XXXVI/2010 (SJF: 9ª época, T XXXXII, Ago., 2010, p. 245). Disponible en línea: <

Artículo 1o.- Las personas físicas y las morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas. Las disposiciones de este Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de los que México sea parte. Sólo mediante ley podrá destinarse una contribución a un gasto público específico.

Así pues, no cabe duda que las personas morales, como organizaciones de derecho o bien sociedades mercantiles, son por igual obligadas a contribuir al gasto publico, esto es son obligadas al pago de las diferentes contribuciones que las leyes en materia fiscal imponen, sin embargo, esta no es la única obligación que los obligados al pago de contribuciones tienen, sino que existen dentro del artículo 27 del Código Fiscal de la Federación, un apartado específico de obligaciones que deben colmar las organizaciones de derecho, entre las cuales destacan el presentar declaraciones periódicas, solicitar su inscripción al Registro Federal de Contribuyentes, la obligación de expedir comprobantes fiscales, entre otros.

En ese mismo orden de ideas, y en atención a lo dispuesto por el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las organizaciones de derecho pueden ser acusadas por la comisión de un delito, sin especificar que delito, circunstancia que no se ahondara debido a que este tema ya fue tratado con anterioridad, sin embargo, el Código Penal Federal si estipula que delitos pueden imputarse a una persona jurídica, veamos:

*“Artículo 11 Bis. - Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos:
(...)*

B. De los delitos establecidos en los siguientes ordenamientos:

VIII. Defraudación Fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, del Código Fiscal de la Federación;”

Lo anterior sin soslayar que por igual el artículo segundo de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la cual en lo que nos interesa establece lo siguiente:

“Artículo 2o.- Cuando 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:

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;”

De lo anterior se desprende que, para el efecto de que la defraudación fiscal sea considerada como cometida por un miembro de la delincuencia organizada bien bajo ese régimen, se necesita adicionalmente a la conducta típica descrita en el primer párrafo, que el perjuicio causado al fisco federal sea igual o superior a \$ 7,804,230.00 (siete millones ochocientos cuatro mil doscientos treinta pesos 00/100), sin embargo este punto no es lo que hace inviable el considerar a una persona jurídica como un miembro de la delincuencia organizada o bien imponer este delito a dicha organización de derecho.

Lo que hace inviable la imputación de dicho delito se basa en las siguientes dos hipótesis:

1. La primer hipótesis bajo la cual se sostiene que no puede y no debe imputársele el delito de delincuencia organizada a una empresa u organización de derecho; es que, como bien se expuso en el capítulo correspondiente a análisis de delito de delincuencia organizada, a la luz de la exposición de motivos que dio origen a dicha ley, esta figura delictiva fue creada con el ánimo de combatir y perseguir bajo un régimen penal de excepción a organizaciones que presentan notas características tales como:

- a. Estas organizaciones no tienen metas ideológicas diferentes al dinero;
- b. Estas organizaciones pretenden coexistir a la sombra tanto de la sociedad como del estado, es decir, pretenden operar al margen de la ley;
- c. Existe una limitación y exclusividad dentro de sus miembros;
- d. Utilizan la intimidación y sus actividades consisten mayor mente en la comisión de delitos violentos, o bien el modo de comisión de estos delitos y de sus actividades en general se realizan de modo violento y reiterado;
- e. El uso de la violencia y la corrupción como nota principal y característica de estas organizaciones;
- f. Estas organizaciones operan mediante células que solo se comunican entre si a través de sus mandos superiores;
- g. Estas organizaciones atentan en contra de los principios básicos de la vida comunitaria;

Estas son solo algunas de las notas que caracterizan a los grupos criminales organizados, que a decir verdad se alejan mucho de realidad y de la forma con que una empresa nace a la vida.

Así pues, las empresas no comparten por su naturaleza dichas características, pues bien, podría pensarse que en efecto, las empresas no persiguen otro fin sino el dinero, lo cierto es que la práctica nos ha enseñado que esto no es así ya que, de explorado derecho resulta que tanto pequeñas y medianas empresas, así como la de corte corporativo, muchas veces persiguen intereses tales como la promulgación de un producto, o servicios que en su mayoría traen un beneficio al público consumidor, proveedores y en general a su clientela, la cual si bien, se traduce en un beneficio económico, este tradicionalmente no constituye la comisión de conductas ilícitas, pues esto en un mundo globalizado impulsado muchas veces por la mercadotecnia y la percepción que tiene el público en general de una empresa, no les permitirá actuar como entes delictivos.

Por otra parte, la característica de anonimato que las organizaciones criminales suelen perseguir, se contrapone con la naturaleza de la empresa, esto es, por que la empresa necesita del reconocimiento de la gente, de la mercadotecnia y por que no, mencionar la obligación de dar de alta sus razones sociales frente a la Secretaria de Economía, así como la inscripción de su acta constitutiva en el Registro Público de la Propiedad, lo cual puede ser fácilmente verificado por el público en general.

De igual forma, el uso de la violencia y de la corrupción son temas muy sensibles al tratarse de empresas, pues si bien, se han dado a conocer numeroso casos en los que las empresa recurren a algún tipo de corrupción para lograr ciertos objetivos, lo cierto es que estas son las menos, de igual forma el elemento típico y característico de las organizaciones criminales organizadas, es al violencia, nota que a todas luces constituye una actividad ilícita, ilegítima y punible penalmente, que se contrapone al objeto lícito con el que deben constituirse las sociedades mercantiles.

Las empresas en su mayoría adoptan su propio régimen de organización interno y de estructura, los cuales pueden estar divididos en grupos o áreas que se dedican a cumplir una función específica para los fines de la empresa, sin embargo estas áreas o grupos de trabajo son fácilmente identificables, se tiene certeza de cuales son sus tareas y, por lo general tiene la facilidad de comunicarse con miembros de las otras áreas de la empresa, pues por lo general todas laboran en el mismo centro de trabajo, aún y que estas operen con otra razón social, como podría ser el caso

de la tercerización interna de personal, sin embargo esta herramienta es utilizada para fines meramente económicos y de distribución de cargas.

2. La segunda hipótesis consiste en que, la locución “organizarse de hecho”, nos lleva a afirmar que, el propio tipo penal establece que, los grupos de la delincuencia organizada son organizaciones de hecho y no de derecho, circunstancia que todas luces se antepone con lo que una organización de derecho representa, pues como bien se mencionó, una empresa constituida al amparo de las leyes mexicanas y que para efectos fiscales cumple con las obligaciones que impone el Código Fiscal de la Federación, de ninguna manera puede ni debe ser considerado como un grupo de la delincuencia organizada o ser sancionada por dicho delito.

Así mismo, es de mencionarse que una organización de derecho, al menos en lo que concierne al objeto con el que se constituye, no puede tener por objeto social algún hecho o actividad ilícita, pues de lo contrario esta se reputaría como nula. De igual forma, y aunque parezca chiste, no he encontrado hasta el día de hoy 12 de marzo de 2020, alguna organización de hecho o bien, algún grupo delincuencia organizado inscrito en el Registro Público de Comercio, por lo cual estas organizaciones ni si quiera tienen personalidad jurídica.

Por otro lado, en cuanto al requisito adicional que parece establecerse en el artículo 2ºdo de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, respecto al monto de lo defraudado, esto evidencía a todas luces un desconocimiento total por parte del legislador en cuanto hace al delito de delincuencia organizada, pues este es un delito autónomo respecto de los delitos contemplados en dicha ley, pues para su actualización no es necesario que por ejemplo, se cometa el de defraudación fiscal por igual o mas de 7.8 millones de pesos. Así la cosas, parece ser que el legislador con la reforma en comento desnaturaliza la figura del tipo penal de delincuencia organizada, ya que no dable que por su naturaleza se exija que para la actualización del tipo se cometa otro delito, pues por tratarse de un injusto de resultado anticipado o cortado para su configuración, es irrelevante, en obvio de repeticiones, la consumación, materialización, o exteriorización de la defraudación fiscal por igual o mas de 7.8 millones.

Ante lo expuesto queda claro desde una visión gramatical de la norma, que una empresa u organización de derecho, no reúne la cualidades o características propias que un grupo de la delincuencia organizada tiene, esto sin pasar por desapercibido y sin caer en obvio de repeticiones, que el delito de delincuencia organizada así como sus métodos de investigación y persecución están enfocados en combatir de primera mano a los Carteles de la Droga, los cuales despeñan un gran número de delitos contemplados dentro del catálogo de delincuencia organizada, tales como los delitos contra la salud, tráfico y acopio de armas, extorción y secuestro entre otros, los cuales son delitos en los que la violencia forma una ingrediente esencial.

d. OPINIÓN JURÍDICA RESPECTO DE LA REFORMA FISCAL Y SU FRACASO PARA DISMINUIR LA CRIMINALIDAD EN ESTE TIPO DE DELITOS

En atención a lo expuesto en el capítulo “II” del presente trabajo, debemos recordar que dentro del cúmulo de herramientas con las que cuenta el estado para combatir y prevenir las conductas que ponen o puedan poner en riesgo bienes jurídicos tutelados, así como bienes sociales, el derecho penal debe de ser la última ratio de actuación.

Esto es, que el derecho penal nunca debe de ser la primera opción para prevenir o combatir cierta conducta, sino, únicamente aquellas que resulten mas gravosas para la sociedad y cuya comisión podría llevar a la destrucción de la propia sociedad.

Sin embargo, y haciendo eco en lo expuesto en dicho capítulo, el legislador mexicano pasa por alto dicho principio, así como el macro principio de mínima intervención y el de fragmentariedad, los cuales no significan que deba de reducirse al máximo el empleo del derecho penal, sino que este únicamente sea utilizado cuando todos los demás mecanismos hayan sido agotados y no hayan dado una solución al problema.

De igual forma, se debe hacer eco en que, existen diversas conductas que por su naturaleza no pueden ser reguladas por alguna rama del derecho sino la del “ius puniendi”, pues estas son las que imponen mayor riesgo a la sociedad y a los bienes jurídicos que esta entraña, pues el sacarlas del ámbito de actuación del derecho penal, no solo disminuiría su protección, sino que estos no

estarían protegido en los absoluto, tal es el caso de los delitos de trata de personas, explotación sexual, narcotráfico y otros.

Por lo tanto, la reciente reforma en materia de delitos fiscales, la cual los contempla como un delito de los cometidos por la delincuencia organizada es a todas luces contrario a dichos principios, pues la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como bien se mencionó, arroja un catálogo de delitos que por su naturaleza no son tratados en diversos ordenamientos sino los de carácter penal, situación contraria a lo que hace a los delitos fiscales, los cuales, los cuales tienen su origen en un incumplimiento a una norma de carácter administrativa, como lo es el Código Fiscal de la Federación.

En ese mismo orden de ideas, una clara contravención al principio de subsidiariedad que rige en materia penal, es que, el legislador no contempló o bien, paso por alto que ya existen en el Código Fiscal de la Federación los mecanismos necesarios para combatir la defraudación fiscal, y sus homólogos señalados en dicho Código; mecanismos tales como los que prevé el artículo 69-b, las facultades de investigación, comprobación, visitas domiciliarias, la utilización de la Unidad de Inteligencia Financiera, la publicación de la famosa “lista negra”, la cual constituye un efectivo método para combatir la defraudación fiscal, así como la eventual imposición de multas, cancelación de los CFDI’s, y la eventual suspensión de actividades de la empresa.

Entonces la pregunta que nos debemos hacer es, ¿realmente era necesario añadirle al delito de defraudación fiscal la modalidad de delincuencia organizada?, pues todas luces es un rotundo no, pues desde la perspectiva de la dogmática penal, el estado ya cuenta con las herramientas para combatir dicha actividad, sin embargo le resulta mas fácil utilizar al derecho penal como un verdadero instrumento del poder político para mostrar al gobernado común su lucha contra dichas actividades, cuando lo que debería estar haciendo es inyectar recursos para la prevención y castigo de dichas conductas a través del derecho administrativo sancionador, el cual comparte en cierta manera los principios matizados del derecho penal, situación la anterior por la que considero que esta es la verdadera herramienta para el combate a la defraudación fiscal y no así, elevar a rango de delincuencia organizada este delito.

Lo anterior, pues, sin prescindir de las consideraciones vertidas con anterioridad, en cuanto hace a los delitos regulados que desde 1996 regula la Ley Federal Contra la Delincuencia

Organizada, en su gran mayoría estos lejos de haber disminuido han aumentado, tal como es el caso del narcotráfico y los delitos contra salud, y que decir de los delitos en materia de robo de hidrocarburos, las desapariciones forzadas y las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

CONCLUSIONES

A partir de la teoría de los mecanismos de control social formal, siendo estos, aquellas herramientas de las que se vale el estado como los son las diferentes ramas del derecho, el Estado, entendido como la representación mas pura de la sociedad, impone directrices de conducta y convivencia, a los ciudadanos, los cuales son implementados con el espíritu de salvaguardar la salud social, por esto dichos mecanismos a diferencia de sus homólogos de carácter informal, tiene una nota característica, la infracción a los lineamientos impuestos por el estado, acarrea consecuencias de derecho para quienes infrinjan los dispuesto por un mecanismo de control formal como lo es la ley, así, mediante las diversas legislaciones, el estado ejerce un control específico respecto de diversas circunstancias que atañen a la vida en sociedad. Sin embargo, la infracción a dichas normas como ya se dijo, acarrea consecuencias tildadas de coacción, dentro de las cuales, la respuesta del estado ante las conductas antisociales que impongan violación a la norma varia dependiendo de la gravedad de la conducta.

Así las cosas, el derecho penal debe ser en todos los casos el último recurso que el estado puede utilizar para corregir dichas conductas, o bien, prevenir la proliferación de estas, pues el “ius puniendi”, se erige bajo el mega principio de mínima intervención e intervención legalizada, de los cuales se dependen por igual, los principios de subsidiariedad y fragmentariedad de derecho penal, principios los anteriores que van encaminados a acotar el uso del derecho penal; solo a los casos que impongan un mayor riesgo y daño a la sociedad, pues, el existen bienes jurídicos que deben de ser protegidos por el derecho penal y otros que deben ser protegidos ante el derecho penal.

Lo anterior debido a la naturaleza que dicho procedimiento representa, el cual, típicamente culmina en la imposición de una pena corporal y la restricción de garantías.

De ahí que, la reciente reforma de noviembre de 2019, que contempla, entre otros delitos, a la defraudación fiscal mayor 7.8 millones cometida por un contribuyente persona moral, de acorde las reglas especiales de procesamiento de personas jurídicas que establece el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como un delito que pueda ser cometido por la delincuencia organizada, es a todas luces una reforma que no tiene razón de ser, lo anterior, desde

una perspectiva de técnica legislativa, así como de un desconocimiento del tipo penal de delincuencia organizada.

Desde la visión de la deficiente técnica legislativa, el legislador ignoró el primer nivel de aplicación de la subsidiariedad, y esto es así, pues sin tomar en cuenta que ya existían los medios legales y técnicos para combatir la problemática de la defraudación fiscal, mediante el uso del derecho administrativo sancionador y los procedimientos establecidos en el Código Fiscal de la Federación, en un acto a todas luces populista y con espíritu político, se “reforzó” la lucha contra este tipo de delitos fiscales elevándolos o añadiéndoles una modalidad en su comisión, el de delincuencia organizada.

Desde la perspectiva del evidente desconocimiento del legislador respecto del delito de delincuencia organizada, parece ser que este olvidó o pasó por alto los motivos que dieron vida a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así como la naturaleza y características de las organizaciones criminales organizadas que este régimen intentaba investigar, procesar y enjuiciar, las cuales en su mayoría, estaban ligados a delitos violentos, tales como los delitos contra la salud, el tráfico y acopio de armas, el secuestro, y otras figuras delictivas, las cuales son cometidas en su mayoría por Carteles de la Droga y no por empresas contribuyentes, las cuales no operan del mismo modo; así como que el legislador, considera que una organización criminal que resulta ser para efectos del delito de delincuencia organizada, la organización de hecho de tres o más personas, no puede identificarse con una organización de derecho como lo es una persona moral sociedad mercantil, toda vez que estas son constituidas al amparo de las leyes mexicanas y gozan de personalidad jurídica, por lo cual son sujetos de derechos y obligaciones, a diferencia de los grupos del crimen organizado, pues considerar que existe o puede existir identidad entre ambas figuras, llevaría al ridículo de pensar por ejemplo que alguna organización criminal pudiera intentar acciones legales, imponer recursos, aceptar o repudiar una herencia, etc.

En ese entendido, el Estado Mexicano debe reconsiderar dicha reforma y en cambio, reforzar los márgenes de actuación de las autoridades administrativas encargadas de la recaudación de contribuciones, así como de los sistemas de inteligencia financiera, esto a través de los procedimientos que específicamente regula el Código Fiscal de la Federación como el de artículo 69-b, así como de realmente combatir la corrupción e impunidad que existe en nuestro país, pues

el ejecutivo federal intenta combatir la escases de fondos públicos imponiendo regímenes represivos y autoritarios a las personas, pero no esta tomando medidas claras y eficaces en contra de el desvío de fondos y recursos públicos para el financiamiento de intereses personales y campañas políticas, actividad que sin duda pone en entredicho la legitimidad de dichas reformas.

Bibliografía:

A) Doctrina

Alvarado Martínez, Israel. **La Investigación, Procesamiento y Ejecución de la Delincuencia Organizada en el Sistema Penal Acusatorio**. 2ª ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.

Aspe, Julio. **Lavado de Dinero y Defraudación Fiscal en el Derecho Positivo Mexicano**. México, Porrúa, 2019.

Beccaria. **Tratado de los Delitos y de las Penas**. 12ª ed. México, Porrúa, 1764/2002.
Ciani Sotomayor, Italy, J. *“LA PRISION, UN FRACASO ENCUBIERTO. CONTROL DE LOS OTROS Y DE NOSOTROS”*. 2018. Disponible en línea: **EBSCO Host**. <<http://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=3&sid=3a457639-286e-40b5-90e5-18fdb13d8d69%40sessionmgr4007&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=134194553&db=lgs>> (Consulta: 27 de Noviembre, 2019).

Coca Vila, Ivó; Uribe Manríquez, Alfredo René; Atahuaman Pacuar, Jhuliana y Reyna Alfaro, Luis. **Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. México, Editorial Flores, 2017/2020.

De Alba Medrano, Marcia Muñoz. **Violencia Social**. México, D.F., UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Disponible en línea: UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/359-violencia-social#16776>> (Consulta: 3 de Nov, 2019).

De Lardizábal y Uribe, Manuel. **Discurso sobre las Penas**. México, Porrúa, 1982/2005.
García Máynez, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 65ª ed. México, Porrúa, 1940/2014.

González Ruiz, Samuel Antonio. *“CONTROL SOCIAL, LEGALIDAD Y GARANTIAS INDIVIDUALES EN EL PROCESO PENAL”*. 1985. Disponible en línea: **UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual**. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3188/22.pdf>> (Consulta: 13 de Octubre, 2019).

Janowitz, Morris. **“Teoría Social y Control Social”**. En: Delito y Sociedad. Chicago, Estados Unidos de Norte América, American Journal of Sociology. No. 6/7, 1995.

López Betancourt, Eduardo. **Teoría del Delito y de la Ley Penal**. 4ª ed. México, Porrúa, 2010/2015.

Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano; Parte General**. 21ª ed. México, Porrúa, 1961/2016.

Reynoso Dávila, Roberto. **Teoría General de las Sanciones Penales**. México, Porrúa, 1996.

Sánchez Sandoval, Augusto. **Sistemas Ideológicos y Control Social**. México, D.F., UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008/2012. Disponible en línea: < <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1634-sistemas-ideologicos-y-control-social-2a-reimp> > (Consulta: 5 de Noviembre, 2019).

Sánchez-Ostiz, Pablo. “*Sobre la aspiración a un Derecho Penal Subsidiario: ¿en que medida es posible la subsidiariedad en los instrumentos penales?*”. Diciembre 2013. Disponible en línea: **Cuadernos de Política Criminal**. No. 111, 2013 < <https://2019.vlex.com/#WW/vid/510943570> > (Consulta: Mzo. 12, 2020).

Santoyo Castro, Alejandro E; y Góngora Pimentel, Genaro David. **Crimen Organizado, Realidad Jurídica y Técnicas de Investigación**. 2ª ed. México, Porrúa, 2010/2016.

Silva Sarnaque, Santos Alfonso. **Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal**. Mayagüez, Puerto Rico. Editorial Barco de Papel, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, 2003. Disponible en línea: UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2528-control-social-neoliberalismo-y-derecho> > (Consulta: 11 de noviembre, 2019).

Varios. **Liber ad honorem Sergio García Ramírez**. México, D.F., UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. Disponible en línea: < <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9090> > (Consulta: 22 de Octubre, 2019).

B) Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (P.O. Feb. 5, 1917/ agosto 9, 2019).

Código Fiscal de la Federación (P.O. Dic. 31, 1981/ diciembre 9, 2019).

Código Penal del Estado de Nuevo León. (P.O. Mar 26, 1990/mar 25, 2020).

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (P.O. Nov. 7, 1996/ nov 8, 2019).

Ley General de Sociedades Mercantiles (P.O. Ago. 4, 1934/ junio 14, 2018).

Código Nacional de Procedimientos Penales (P.O. Marzo 5, 2014/enero 22, 2020).

Código Civil Federal (P.O. Ago. 31, 1928/junio 3, 2019).

Ley de Seguridad Nacional. (P.O. Ene. 31, 2005/noviembre 8, 2019).

Código Penal Federal (P.O. Ago. 14, 1931/ enero 24, 2020).

C) Jurisprudencia

Delincuencia organizada, naturaleza del delito de. Amparo en revisión. Tribunal Colegiado de Circuito. Clave II.2o.P. J/22. (*SJF: 9ª época, Tomo XXIV, Sept., 2006, p. 1194*). Disponible en línea: SCJN <

https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=&Apendice=&Expresion=&Dominio=&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisMarcadasBL&NumTE=48&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=1&InstanciasSeleccionadas=&ID=174276&Hit=23&IDs=170307,173230,174276,175082,177360,178221,181532,183970,184546,184920,185193,186618,189447,190472,193589,194074,203143,205463,229416,251152&tipoTesis=&Sesion=qb4aeap3hvwjwp01pgeopmie&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema= >

Delitos. 905931. 990. Primera Sala. Quinta Época. Apéndice 2000. Tomo II, Penal, P.R. SCJN, Pág. 464.

Sociedad Mercantil. Su Concepto. Tesis Aislada. Contradicción de Tesis. Pleno de la SCJN. Clave P. XXXVI/2010 (*SJF: 9ª época, T XXXXII, Ago., 2010, p. 245*). Disponible en línea: <
https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=&Apendice=&Expresion=&Dominio=&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisMarcadasBL&NumTE=48&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=&ID=163927&Hit=19&IDs=2018763,2015204,2013994,2013844,2013195,2011974,2006532,2006002,2005766,2004727,2004539,2004429,2003022,2002686,2000969,160327,162242,162049,163927,169243&tipoTesis=&Sesion=qb4aeap3hvwjwp01pgeopmie&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema= >