

LOS CUATRO JINETES DEL APOCALIPSIS*

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS**

Se me ha encomendado hablar de un tema que me parece de la mayor actualidad, y que yo he intitulado “Los cuatro jinetes del apocalipsis”; lo denomino así porque esto tiene alusión a cuatro reformas a distintas leyes, que me parecen trascendentales en el ámbito penal y de las que, por razones de tiempo, me refiero en algunos aspectos centrales.

Una es la reforma constitucional al artículo 22, que está previendo una ley general en materia de extinción de dominio. Esta ley viene a sustituir todas las preexistentes en materia de extinción de dominio en el país. Tanto la referida reforma constitucional como la ley general en materia de extinción de dominio, actualmente, están vigentes.

La segunda reforma —el segundo jinete del apocalipsis— recae tanto en materia penal como en materia procesal penal. Aquí se trastocan distintas leyes que tienen que ver, especialmente, con el ámbito de la defraudación fiscal y el delito de contrabando. Solamente me voy a referir a la defraudación fiscal.

Esta reforma penal toca el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Delincuencia Organizada, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley de Seguridad Nacional y el Código Penal Federal.

El tercer jinete del apocalipsis, para mí, es la reforma fiscal a distintos aspectos de la legislación en esa materia, pero por lo que toca al aspecto penal, tiene que ver con lo que yo voy a denominar “los delatores en materia fiscal”.

* Texto correspondiente, revisado y matizado, del audio grabado con motivo de las XX Jornadas sobre Justicia Penal, “Nuevo panorama de la seguridad y la justicia penal”, realizadas del 26 al 29 de noviembre de 2019, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y catedrático de derecho procesal penal en la Escuela Libre de Derecho.

Por último, la más reciente en materia de instituciones de crédito, que está siendo analizada, propone otorgar facultades a la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que, a través de un procedimiento que se está previendo —brevísimo, por cierto—, se pueda llevar a cabo el aseguramiento de cuentas bancarias, pero también se está previendo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pueda iniciar en la vía administrativa la gestión correspondiente para la extinción de dominio. Sobre esto, aún el debate no está cerrado.

Así, hablamos de dos vías para la extinción de dominio: una prevista en la Ley General en Materia de Extinción de Dominio y en el texto del artículo 22 constitucional, y otra relacionada con la reforma propuesta a la Ley de Instituciones de Crédito. Una por la Secretaría de Hacienda, y otra por el Ministerio Público que conoce de estos hechos delictivos.

¿Cómo se da esto? En primer término, se llevó a cabo la reforma en materia constitucional que tiene que ver con la Ley de Extinción de Dominio; se trata de una ley general y, por lo tanto, aplicable a todo el país; esto quiere decir que van a quedar sin aplicación las leyes locales y la ley federal en esta materia, y que sólo será una ley —la ley general— la que tendrá aplicación.

El aspecto más importante, y lo que ha llamado destacadamente la atención en esta ley, es la posibilidad que se tiene de que el Ministerio Público, dentro de una investigación y relacionada con los hechos por los cuales procede la extinción de dominio —de conformidad con el artículo 22 constitucional—, decida acudir a un juez para solicitar el aseguramiento de bienes con fines de extinción de dominio; estos bienes así asegurados —sin perjuicio de que existirá un procedimiento que será absolutamente civil para ello— podrán pasar a un análisis a través del órgano o cuerpo colegiado que ahí se prevé, que al fin y al cabo depende del Ejecutivo, en el cual se va a tomar la decisión de cuál será el destino de estos bienes.

¿Qué quiere decir esto? Que el Ejecutivo federal podrá tomar la decisión, antes de que un procedimiento judicial culmine o se dé por terminado, de disponer de estos bienes.

Así, por ejemplo, si se ejerce acción de extinción de dominio sobre algún bien inmueble, este órgano podrá disponer que ese bien inmueble se venda de inmediato y se aplique el producto de la venta a lo que ahí se decida, sin que la persona respecto a la cual haya sido vencida en un procedimiento respectivo culmine éste condenándole, sino que el bien se va a disponer previamente, con la consecuencia de que si en el caso específico se llega a ganar la extinción de dominio por parte de la persona afectada, lo que va a suceder es que se le va a regresar el valor del bien, pero con el

descuento respectivo de los gastos de administración. En pocas palabras, me parece que en el fondo se trata de disfrazar lo que verdaderamente ocurre: una confiscación.

Esto se tiene que ver y se tiene que sumar también con la reforma penal que yo ya anotaba. Esta reforma, primero, prevé que los delitos de defraudación fiscal —el tipo básico del artículo 108—, así como dos supuestos del artículo 109 —la fracción I, que se refiere esencialmente a la manifestación de ingresos menores a los que se han obtenido, como la fracción IV, que se refiere a fraude fiscal por simulación—, cuando su monto es superior a tres veces el previsto en la fracción III del propio artículo 108 del Código Fiscal Federal, que es el que establece los montos para la determinación de la pena, y aquí estamos hablando aproximadamente de un exceso de 7,804,000 pesos, más o menos, cuando se exceda de esa cantidad, el legislador está previendo que se va a considerar que se está en presencia de delincuencia organizada. Esto es, de delito de delincuencia organizada en modalidad de defraudación fiscal.

Esto quiere decir que lo que la ley está previendo para estos casos es que habrá un delito de fraude fiscal o defraudación fiscal en estos supuestos, el cual no se considera delincuencia organizada, pero que en exceso del monto referido, será considerado como delito de delincuencia organizada. La fórmula del doctor Jekyll y Mr. Hyde.

Voy a regresar a esto después de referirme al otro contexto de la otra reforma penal, para tomar en conjunto lo que estoy aquí afirmando.

Estos preceptos de la defraudación fiscal —artículos 108, 109, fracciones I y IV— son llevados en la reforma de la Ley General de Delincuencia Organizada a su artículo 2o. para ser incorporados como delitos de delincuencia organizada, y esto ya implica entonces la idea de considerar que vamos a poder hablar, de ahora en adelante, para estos supuestos, de un fraude fiscal de delincuencia organizada con todas las consecuencias penales y procesales que ello conlleva, como lo son la aplicación de la Ley Federal de Delincuencia Organizada y la Ley General de Extinción de Dominio, entre otras.

La reforma también tiene que ver con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Se incorporan al artículo 167, los supuestos del fraude fiscal que estoy refiriendo; sin embargo, este precepto alude a los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. Entonces se destaca que el legislador no tomó en cuenta que lo que llevó a la defraudación fiscal a ser considerada como delincuencia organizada era superar tres veces cierto monto, pero limitado a

ciertos tipos de defraudación fiscal; en el artículo 167 se prevé su imposición para todo tipo de defraudación fiscal, siempre que sea calificada, pero cuyo monto sea también superior a tres veces el previsto en la fracción III del artículo 108 del referido ordenamiento fiscal.

Pareciera que existe una disparidad en la reforma, para la cual algo es delincuencia organizada, pero todo lo demás no lo es; sin embargo, para toda defraudación fiscal, sea o no de delincuencia organizada, se prevé la aplicación de prisión preventiva oficiosa al ser calificada y exceder del monto aludido.

Por último, la Ley de Seguridad Nacional lo que hace es incorporar esta idea de que la evasión fiscal —en los términos que he señalado— es un problema de seguridad nacional, lo cual es un absurdo, porque el fraude fiscal no tiene relación con ello. Esta propuesta persigue cerrar la pinza para una prisión preventiva oficiosa, que a la vez se sustenta en una pantalla, como lo es el discurso de la seguridad nacional, y así contar con dos agarraderas para tal fin: ésta y el exceso de cierto monto defraudado, más la presencia de calificativas.

¿Cómo entender, en todo esto, el contexto de la reforma? Si lo que se pretende es que el fraude fiscal se convierta en delito de delincuencia organizada en ciertos supuestos, lo primero que me parece que hay que cuestionarse es si efectivamente la defraudación fiscal puede o no ser un delito de delincuencia organizada.

Ya la Constitución prevé, desde la reforma de 2008, en el artículo 16, qué se entiende por delincuencia organizada, y ahí se dice que es una organización de hecho de tres o más personas organizadas de manera permanente o reiterada para cometer delitos, y aquí hay que preguntarse, de acuerdo con la Ley Federal de Delincuencia Organizada, ¿qué delitos? Pues los del artículo 2o., y ahí va a estar la defraudación fiscal mencionada; entonces, en este contexto, si la delincuencia organizada es una organización de hecho, cabe preguntarse si las personas jurídicas —que en este país están incorporadas a la vida de éste, a la vida económica del mismo, que tienen planta de trabajo, que pagan contribuciones, etcétera— pueden ser consideradas organizaciones de hecho en el contexto de la delincuencia organizada.

En mi opinión no es así, porque realmente se trata de organizaciones jurídicas, no de organizaciones de hecho; siendo de esta manera —como me lo parece—, sería fácil excluir la delincuencia organizada del ámbito empresarial.

Otro aspecto es el de las llamadas “empresas fantasma”, que no gozan de suficiente materialidad y existen para fines delictivos. Sin embargo, la

ley es general, abstracta e impersonal, y así está teniendo aplicación, lo que genera efectos dispares y negativos para las verdaderas empresas productivas del país, que son tratadas como lo que no son: delincuencia organizada.

No quiero decir con esto que las personas jurídicas no puedan cometer delitos o que no puedan cometer delitos de delincuencia organizada, pero para ello se requiere que las personas jurídicas constituidas efectivamente se dediquen a cometer delitos que sean propios de la delincuencia organizada, lo que quiere decir que si en su origen y conducción las personas jurídicas tienen suficiente materialidad, quedaran excluidas de esa consideración. Por lo tanto, no podrían cometer una defraudación fiscal de esa naturaleza; en las leyes fiscales no existe algún capítulo que se refiera a la forma de tributar de la delincuencia organizada.

En las leyes fiscales no existe ningún capítulo que diga cuánto impuesto sobre la renta tiene que pagarse por el tráfico de drogas, por el tráfico de órganos, por el tráfico de armas, etcétera. ¿Por qué? Porque son actividades ilícitas a las cuales no se les puede exigir tributación, pues ello sería tanto como reconocer licitud a sus recursos, de la cual no gozan.

Entonces, las leyes fiscales no tienen, por ejemplo, un capítulo que diga: “Del impuesto sobre la renta del sicario”; eso no existe, y no existen tampoco disposiciones sobre cómo se van a deducir los gastos o los pagos que se hagan por el derecho de piso que exige la delincuencia organizada a quien tiene un negocio en algunas partes del país. Nada de eso existe y esa es la razón. La delincuencia organizada no paga contribuciones porque sus ingresos provienen de una actividad ilícita, y si se permitiera el pago de contribuciones a su cargo, la consecuencia sería que el Estado mexicano sería su mayor socio, ya que se convertiría en el lavador oficial de esos recursos.

Por ello, es un contrasentido decir que el fraude fiscal, cuya esencia tiene precisamente que exista como presupuesto un contribuyente —porque el contribuyente es el único que tiene a su cargo el deber de tributar—, se tenga o se pueda comparar con la delincuencia organizada, que está excluida de la noción de ser contribuyente. Es un absurdo y me parece que estos problemas tienen que analizarse desde un ámbito, incluso, de constitucionalidad.

Pero más allá de eso, pareciera también un absurdo, porque lo que esta reforma a las cinco leyes aludidas refiere desde su exposición de motivos es que debido a la actividad de las empresas fantasma, las empresas “factureras” han dejado de ingresar una cantidad importantísima de 2.6 billones de pesos —quizá sea mucho más—, por lo que es necesario recuperar esa cantidad y recaudar. Pero la vía penal no está hecha para recaudar y, por consiguiente, desde su base esa iniciativa no se sustenta en el *principio de legitimidad*.

Además, resulta ser un contrasentido, porque si, como se dice en la reforma, lo que se requiere es recaudar ese dinero y utilizar la reforma penal para ese objeto, no se explica entonces cómo en la misma se prohíben las salidas alternas.

Las salidas alternas, como todos sabemos, están diseñadas para avenir una posible solución del conflicto antes de un juicio, y, por lo tanto, en el centro de las salidas alternas está la reparación del daño; pero resulta que se prohíbe el propósito recaudador que inspira dicha reforma, que deja en segundo plano, sino es que hace inoperante, la reparación del daño, cuando en el fraude fiscal ello es una parte esencial.

Por otro lado, es absurdo que tratándose del fraude fiscal por delincuencia organizada se pretenda obtener reparación del daño, ya que éste es un concepto ajeno a la delincuencia organizada, pues lo que existe en la misma es el decomiso, no la reparación del daño. Entonces, si lo que se pretende por las autoridades en última instancia es llegar a una reparación del daño, no lo van a conseguir, porque al dar trato de delincuencia organizada a esas defraudaciones fiscales, entonces lo que debe ocurrir es justo lo contrario; esto es, la improcedencia de la reparación del daño, con lo cual esta reforma tampoco, desde este punto de vista, encuentra justificación.

Y esto es muy grave también porque si las empresas mexicanas pueden llegar a ser consideradas delincuencia organizada cuando se exceden del monto referido en los supuestos de defraudación fiscal que plantea la reforma, entonces son equiparables a cualquiera estructura criminal organizada que encuadre en la definición de delincuencia organizada —por ejemplo, un cartel de drogas—, y, por ello, igualmente, serán sometidas al régimen de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Siendo así, no pueden recibir —como delincuencia organizada que son— un trato desigual al que recibe cualquiera otra estructura delincriminal así considerada. Por ello, si la delincuencia organizada no paga contribuciones por sus ingresos ilícitos, la empresa que ha defraudado al fisco federal, y se considera delincuencia organizada, no tiene por qué pagarlos, ya que es tan delincuencia organizada como cualquier otra y, por lo mismo, sus ingresos, producto de una actividad de delincuencia organizada, no están sometidos a régimen de tributación alguno; de ahí que, por lo mismo, someterles a proceso penal por cualquiera de los tres tipos de defraudación fiscal aludidos, no tiene ningún sustento constitucional ni legal.

En otros términos, llevar a proceso penal por alguno de los delitos de defraudación fiscal de delincuencia organizada a empresas que gozan de materialidad suficiente, se traduce en darles un trato desigual cuando se les

procesa por no pagar contribuciones u obtener un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal, que el trato que se brinda a otros miembros de la delincuencia organizada que, igualmente, ingresan, pero no pagan contribuciones. Luego entonces, tampoco para las empresas referidas existe un régimen fiscal para tributar, ya que la delincuencia organizada no tributa, y, por lo mismo, legalmente no pueden cometer defraudación fiscal, por lo que no se les podría procesar por tales delitos, como tampoco se les puede exigir reparación del daño.

Entonces, el trato desigual entre la delincuencia organizada a la que no se procesa por defraudación fiscal y la delincuencia organizada a la que sí se procesa por ello es evidente. Las dos son delincuencia organizada, que por ley no tributa, pero a una se le procesa por no tributar u obtener un beneficio indebido en perjuicio de la hacienda pública federal, y a la otra no se le puede procesar porque por ley excluye su tributación.

Ahora, en el ámbito de la libertad personal lo que va a suceder respecto de las personas físicas que se vean involucradas en estos hechos, por disposición del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales reformado, es que se va a solicitar la prisión preventiva oficiosa; sin embargo, hay un tema que hay que considerar: esta reforma está pensada para aplicarse a aquellos casos que vienen desde 2014, pero ¿por qué desde ese año? Porque en 2014 se reforma la ley fiscal para incluir el artículo 67 B en el Código Fiscal de la Federación; ese artículo fundamenta lo que se ha referido de las empresas a las que se les llama “factureras”, es decir, empresas que emiten documentos que no tienen un soporte de la prestación de un servicio; por eso se llaman comprobantes fiscales que amparan operaciones falsas, inexistentes, simuladas.

Y respecto de las personas físicas que se pretende sufran prisión preventiva oficiosa, las autoridades se van a encontrar con que si bien es cierto que la ley procesal rige a futuro —la ley procesal es el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales reformado, que prevé la prisión preventiva oficiosa, y que se va a aplicar el 1o. de enero en adelante, porque es cuando entra en vigor esta reforma—, cuando las autoridades aleguen prisión preventiva oficiosa, resulta que a la vez existe para ello una reforma de derecho penal sustantivo, que es la referida a considerar ciertas defraudaciones fiscales como delincuencia organizada; entonces, si bien la regla procesal prohíbe la libertad, la norma sustantiva no tiene aplicación retroactiva, y aquella no puede aplicarse sin ésta última; por consiguiente, las personas tendrán derecho a la libertad.

Esto es, para todos los hechos del pasado que van a pretender perseguir las autoridades fiscales utilizando esta reforma penal-tributaria, se encontrarán con problemas en su aplicación. Su construcción futura quizá sea la que más frutos dé, y para ello se tienen que generar los casos específicos, pues tal parece que la persecución está pensada por las autoridades hacendarias para los hechos de defraudación fiscal que ya tiene detectados, y quizá en casos armados listos para querellar.

Ahora, ¿qué sucede con la reforma que se plantea a la Ley de Instituciones de Crédito? Aquí la propuesta es para que la Unidad de Inteligencia Financiera tenga un procedimiento a través del cual la persona a la que se van a asegurar sus bienes sea llamada ante la misma y pueda ahí ofrecer pruebas, alegar, etcétera. Es un procedimiento muy corto de diez días, con posibilidad de un breve aplazamiento si esto se considera por la autoridad.

Esto viene a justificarse así porque la Suprema Corte de Justicia había dicho anteriormente que se requería autorización judicial para que ocurriera este aseguramiento de cuentas de las personas y que no había un procedimiento legal que lo sustentara; por eso la reforma lo que está haciendo es prever ese procedimiento legal. Además, lo que hace es involucrar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la cual le da la facultad de poder solicitar extinción de dominio, pero ya con motivo de ese procedimiento administrativo, a pesar de ser la antesala del proceso penal, la antesala de la investigación penal.

Esto nos lleva a un absurdo que es, por un lado, que la Unidad de Inteligencia Financiera va a asegurar cuentas. Hacienda va a solicitar extinción de dominio en el ámbito administrativo —que en mi opinión no tiene facultades, porque esas facultades son las que derivan del artículo 22 constitucional, y sólo el Ministerio Público las tiene en una investigación—; pero bueno, Hacienda va a ir en vía administrativa a la extinción de dominio, después, en el ámbito penal, el fiscal va a ir a la extinción de dominio también —más allá del aseguramiento de bienes— y a la prisión preventiva oficiosa.

Por eso me parece que esta reforma a las distintas leyes tiene que analizarse con cuidado, en conjunto, para que se pueda entender el verdadero alcance de lo que se pretende en materia de defraudación fiscal. Quizá ahora les haga sentido el porqué yo le he llamado a todo este proceso legislativo, “los cuatro jinetes del apocalipsis”.