

REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN Y AL CÓDIGO PENAL DE 1996

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reformas constitucionales de 1996*.
III. *Reformas al Código Penal*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha pretendido solucionar todos los problemas que padecemos a través de reformas legales que abarcan hasta la Constitución. Parece que hemos llegado a la convicción de que las normas jurídicas son la panacea que resolverá todos los problemas que padecemos.

Se hacen reformas apresuradas, que no están precedidas de la necesaria evaluación y reflexión acerca de las consecuencias que la nueva normatividad va a generar en distintos aspectos de la realidad.

Por otra parte, parece que no se ha tomado en cuenta que lo realmente importante no es la transformación de la normatividad, sino la implementación en la vida real de las medidas idóneas, eficientes y eficaces para enfrentar y resolver los concretos problemas que se presentan en la realidad, que son muchos y muy graves.

En el ámbito de los problemas inherentes a la proliferación cualitativa y cuantitativa de la delincuencia que hoy tanto nos afecta y nos preocupa, la solución no radica en el endurecimiento de la normatividad penal, sino en la implementación de todos los recursos: materiales y humanos, idóneos, eficientes y eficaces para hacer frente a los problemas derivados de y relacionados con esa delincuencia.

Es necesario que todas las instituciones vinculadas con la prevención de la delincuencia, con la procuración y administración de la justicia penal, con la ejecución de las sentencias penales de condena y con el apoyo al reo para su concreta reinserción en la sociedad cuenten con el personal suficiente y especializado —obviamente bien remunerado— para la función que va a cumplir.

Sin la rigurosa selección, capacitación, profesionalización, carreras especializadas, etcétera, de la policía preventiva, Policía Judicial, agentes del Ministerio Público, juzgadores de todos los niveles, defensores de oficio, personal penitenciario, personal de apoyo para todas estas instituciones, etcétera, es un sueño pensar que se está combatiendo la delincuencia. Por lo tanto, es urgente que se

tomen medidas de esta índole con toda decisión y con auténtico propósito de cambio.

El camino que invariablemente se ha elegido, de reformar la Constitución y la normatividad secundaria, no ha producido los frutos que tanto se han pregonado. Por el contrario, las consecuencias, como se ha visto, por ejemplo, en las reformas a la fracción I del artículo 20 constitucional de 1993, han sido contra-productivas.

Esta lección adversa, que debiera ser una luz roja para enderezar el rumbo, no ha sido ponderada en su exacta dimensión y por ello se insiste en buscar las soluciones por el camino estéril de la normativización.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1996

1. *Consideraciones generales*

En la iniciativa de decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plantea de inicio que “la delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas más graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial” y que dicha delincuencia “constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados”. Se dice, además —y esto es lo más importante—, que

al plantearse la necesidad de legislar en materia de delincuencia organizada, ha surgido no solamente la posibilidad de dar origen a una legislación especial que se ocupe de ella, sino igualmente la conveniencia de sugerir reformas a la Constitución, con el propósito de prever en ésta, con mayor claridad, ciertas bases que permitan la adopción de algunas estrategias procedimentales frente al crimen organizado que de alguna manera se ha puesto en entredicho su constitucionalidad, porque se ha considerado que podrían implicar vulneración de ciertos derechos fundamentales.

Esto, con toda nitidez, quiere decir que la reforma constitucional se hizo con el propósito preciso de facilitar la operatividad de la futura ley contra la delincuencia organizada, es decir, del naciente sistema penal paralelo, certeramente bautizado por el doctor Sergio García Ramírez como “el bebé de Rosemary”, bebé que, ante los obstáculos constitucionales, no se amedrenta, sino que, cuidadoso de no pisarlos, los hace a un lado. Esto quiere decir que con plena conciencia de que la nueva legislación penal especial vulneraría derechos fundamentales de los mexicanos, el propósito creador del nuevo sistema penal no se frenó, sino que, para evitar el calificativo de inconstitucionalidad, se procedió a modificar los principios constitucionales para cancelar los obstáculos.

En la misma exposición de motivos se agrega algo más, que nos parece inusitado, y aunque no está estrecha y directamente ligado a las reformas constitucionales, nos da una idea del propósito integral de la actual reforma. Se dice: “igualmente se plantean como estrategias procedimentales con menos problemas de constitucionalidad pero que resulta novedoso para nuestro sistema, la remisión parcial o total de la pena por colaboración eficiente de miembros de organizaciones criminales en la persecución y desarticulación de estas”; y, así, se señalan otros novedosos procedimientos. Todo esto se aparta, radicalmente, de la tradición jurídica mexicana.

En otra época, cuando alguna reforma iba más allá de los postulados constitucionales, el sólo señalamiento de la desviación ponía en entredicho la reforma y se optaba por la constitucionalidad. Ahora no hay barreras. Con toda naturalidad se reforman y limitan las garantías.

La justificación que se ofrece es que en muchos países civilizados como los europeos, en Estados Unidos y en algunos países latinoamericanos ya se han implementado esta clase de medidas; pero se soslaya que ningún país tiene un sistema de garantías penales tan completo como el nuestro; garantías que fueron logradas por los mexicanos después de haber padecido durante más de 30 años los atropellos de las autoridades porfirianas.

2. *Los artículos reformados*

A. *Artículo 20*

El artículo 20, fracción I, tiene ya una larga historia de modificaciones que es importante recordar, porque en dicha fracción se ubica una materia de especial trascendencia: la libertad provisional bajo caución.

Los criterios para conocer esta libertad han sido variados de tiempo en tiempo. En el texto original, el Constituyente de Querétaro estableció como requisitos de procedencia de la libertad provisional, que el delito que se impute al sujeto no merezca pena mayor de cinco años de prisión, el otorgamiento de una fianza hasta de diez mil pesos, poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

Este criterio, bueno en su momento, fue cambiado en la reforma del 2 de diciembre de 1948, por otro que se consideró más justo y humano: el basado en el término medio aritmético de la punibilidad establecida para el delito cometido, no superior a cinco años de prisión. En relación con el monto de la caución que era de diez mil pesos, se aumentó a doscientos cincuenta mil pesos, lo cual era razonable en virtud de que la moneda había ido perdiendo su valor.

Aquí es importante subrayar que se agregó una carga muy fuerte al acusado, en atención a la forma de asegurar, al pasivo, el pago del daño causado. Se

dispuso que si el delito representaba para su autor un beneficio económico o causaba a la víctima un daño patrimonial, la garantía sería, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado. Esta disposición, al triplicar la garantía por el daño causado por el delito, cerraba a los pobres la posibilidad de obtener su libertad provisional.

Vino después la reforma de 1985, la cual respetó lo esencial y positivo del texto vigente hasta ese momento, pero introdujo, en forma explícita, la exigencia de que para conceder la libertad provisional era menester tomar en cuenta las agravantes y atenuantes relacionadas con el delito cometido. Introducción innecesaria si se toman en cuenta las teorías penales, ya que el tipo penal debe entenderse como el tipo aplicable en el caso concreto: tipo fundamental, tipo agravado o tipo atenuado; pero, desde otro punto de vista, necesaria en razón del extravío interpretativo generalizado de los iuspenalistas, que entendían, y algunos siguen entendiendo al tipo sin agravantes ni atenuantes. Se afirmaba, erróneamente, que las agravantes y atenuantes no eran materia del auto de sujeción a proceso ni del auto que concedía o negaba la libertad provisional bajo caución, sino materia reservada a la sentencia.

Acertadamente se modificó el monto de la caución, que era de 250,000, para expresarlo en días de salario y hacerlo, de esa forma, un monto siempre actualizado.

Desafortunadamente, se incorporó un problema que es propio de leyes secundarias y no de la Constitución, a saber: la distinción entre delitos intencionales, imprudenciales y preterintencionales, con lo cual se consagraba en la Constitución un pseudo problema penal: la aberrante figura de la preterintención.

De la reforma de 1993 podemos señalar, al menos, un acierto: la supresión de la distinción entre los delitos intencionales, imprudenciales y preterintencionales.

Se canceló el criterio del término medio aritmético no mayor de cinco años para la obtención de la libertad provisional bajo caución y, en su lugar, se estableció un criterio de extremo regalo para el delincuente (considerando el contexto social mexicano). En todos los delitos, excepto en los señalados en la ley secundaria como graves, tendría el acusado el derecho de obtener su libertad provisional bajo caución.

Es obvia la pregunta: el regalar la libertad al delincuente ¿era en razón de criterios de política criminal? ¿o en razón de un mayor respeto a la libertad de la persona que no ha sido sentenciada? Nada de esto. La reforma constitucional, así como un considerable número de reformas a la normatividad penal, tenían como primordial finalidad “despresurizar las cárceles”, que estaban totalmente saturadas, y lo estaban porque hacía tiempo que no se prestaba atención al sistema penitenciario, que después de haber sido un auténtico ejemplo en toda Latinoamérica —con el impulso que le dio el doctor García Ramírez—, se convirtió en un auténtico desastre.

Ahora, nuevamente se reforma la fracción I del artículo 20, mediante la cual se revierte, en alguna medida, la apertura casi indiscriminada, adoptada por la reforma de 1993, para la concesión de la libertad provisional bajo caución.

El nuevo texto conserva la determinación de improcedencia de la libertad provisional tratándose de delitos graves, pero adiciona una limitación para el caso de los delitos no graves, limitación que se antoja, a primera vista, positiva ante la queja de la sociedad de que todos los delincuentes se van a la calle. Sin embargo, el fondo de la medida está planteado en dos hipótesis: una, que el inculpado no haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, lo cual parece razonable; y otra, que el Ministerio Público pueda aportar al juez elementos orientados a que se niegue la libertad provisional porque ésta entraña un riesgo para el ofendido o para la sociedad, por la conducta precedente del acusado o por las circunstancias y características del delito cometido. Tal disposición deja una amplia puerta abierta a la arbitrariedad y a la corrupción, tanto de los agentes del Ministerio Público como de los jueces, y puede, además, convertirse en un pretexto para hacer nugatoria la garantía.

Esta facultad, sin límites objetivos para determinar la libertad provisional, ya se vivió en México en tiempos de Porfirio Díaz, y fue rigurosamente censurada en el mensaje de Carranza y en los debates del Constituyente, y se corrigió en la Constitución mediante un criterio cien por ciento objetivo: la presencia de una pena no mayor de cinco años de prisión. La reforma debió sustentarse en un criterio totalmente objetivo. Si en 1993, que se fundamentó la libertad provisional en la distinción de delitos graves y no graves, la medida resultó un fracaso y operó como un factor que propició la recaída en el delito de los que obtenían la libertad provisional, lo sensato era reconocer el error cometido y restaurar el criterio del término medio aritmético, que resistió, sin críticas, el paso del tiempo.

Es oportuno señalar en este momento que el criterio del término medio aritmético habría evitado el herradero de las reformas penales en relación al robo, que instauran punibilidades aberrantes.

Por lo que hace al monto de la caución, el texto constitucional es omiso. Se dice que deberá ser asequible para el inculpado y que, además, el juez para determinarlo deberá tomar en cuenta una serie de datos respecto del delito cometido, sus consecuencias y a las características del inculpado. En este aspecto, también se deja al juez en total libertad. Lo razonable hubiera sido volver al criterio original de 1917 con la actualización consagrada en la reforma de 1985.

Esta narración de las reformas al artículo 20 nos hace ver, muy claro, que la Constitución se reforma en muchos casos por moda o para establecer algo que no va a tener la permanencia que requiere un texto constitucional.

B. *Artículo 21*

El cambio de nomenclatura, de Policía Judicial a “Policía Ministerial” o “Policía Investigadora, al servicio del Ministerio Público”, dice la exposición de motivos, “no fue preocupación del Constituyente; éste más bien se abocó con gran interés a entrar a fondo de los grandes problemas” y decimos nosotros, enhorabuena que así fue, pues en esos tiempos no tenía trascendencia, y ahora tampoco la tiene; nadie considera que la Policía Judicial depende del Poder Judicial.

No obstante la intrascendencia de la denominación, se propuso en la iniciativa una nueva denominación, olvidando que el nombre de Policía Judicial tiene ya carta de naturalización y que, además, se presentarían muchas consecuencias a nivel de leyes ordinarias.

Por otro lado, “para hacer frente a la extendida criminalidad”, a “la grave inseguridad pública” y, más específicamente, para “reafirmar la subordinación de la Policía Judicial al Ministerio Público” de que se habla en la exposición de motivos, no es necesario cambiar el nombre a la Policía Judicial.

Ahora, con la reforma, ya no se dice que el Ministerio Público se auxiliará de la Policía Judicial (ni como se proponía), “de una Policía Ministerial” o “Policía de Investigación”, denominación que se refería al específico cuerpo de policía conocido muy bien como Policía Judicial. Ahora ya no se especifica el cuerpo policiaco con el que se deberá auxiliar el Ministerio Público, ya que el artículo indeterminado “una” remite a cualesquiera de las policías existentes e incluso a las todavía no existentes.

C. *Artículo 22*

En relación al decomiso “de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como delincuencia organizada”, la pésima redacción del texto, por su ambigüedad, conduce a dos interpretaciones: una interpretación, aberrante, tal que el decomiso procede sobre todos los bienes propiedad de un sujeto por el simple hecho de que éste ha sido sentenciado por delitos de los previstos como delincuencia organizada, aunque dichos bienes nada tengan que ver con los delitos cometidos. Otra interpretación, válida, en el sentido de que el decomiso procede sobre los bienes provenientes de delitos de los previstos como de delincuencia organizada. Sin embargo, si esta última es la interpretación que debe darse, ¿para qué llegar hasta la Constitución?, si este decomiso de ninguna manera se puede entender como confiscación. Si la interpretación es la anotada en primer término, aunque la Constitución diga que no es confiscación, la naturaleza del acto hace evidente que sí es una confiscación.

En cuanto al decomiso de los bienes, respecto de los cuales el sujeto se conduzca como dueño, el texto constitucional, al estatuir que si el sujeto “no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”, está imponiendo la carga de la prueba al inculpado, lo cual contradice al artículo 21, ya que no es el acusado el que debe probar su inocencia, sino, en todos los casos, es el Ministerio Público al que le corresponde, por mandato constitucional, aportar las pruebas del delito.

D. Artículo 73, fracción XXI

En la iniciativa de decreto se proponía una modificación a la fracción XXI en los términos siguientes: “para definir los delitos y faltas contra la Federación, y demás de competencia federal, y señalar las penas y medidas de seguridad que por ellas deban imponerse”.

Independientemente de la incongruencia entre lo que dice el texto de la iniciativa y los objetivos que se mencionan en la exposición de motivos en el sentido de convertir, bajo determinadas circunstancias, en federales algunos específicos delitos locales, ya que los objetivos no quedaron plasmados en el texto, lo cierto es que la redacción de la nueva fracción XXI que se proponía, sí se refería a una facultad del Congreso de la Unión.

Sin embargo, la reforma adicionó a la fracción XXI un párrafo que, a la letra, dice: “las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común cuando, estos tengan conexidad con los delitos federales”.

No hay duda alguna de que este texto, tal como está redactado, no se refiere a una facultad del Congreso de la Unión, sino que está referido al órgano jurisdiccional federal. Esta redacción muestra una vez más el descuido y apresuramiento en la elaboración de la normatividad jurídica.

Pero por otra parte, es válido preguntar ¿cuál es la razón que motivó esta reforma?, ¿acaso una total desconfianza en el Ministerio Público y Judicatura del Distrito Federal y entidades federativas?, ¿es que son más confiables el Ministerio Público y Judicatura federales?, ¿esta reforma no va en sentido contrario al impulso renovador que pretende rescatar al federalismo?

III. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

1. Aspectos generales

Las reformas al Código Penal, muy diversas, modificaron artículos de la Parte General y de la Parte Especial. Sin embargo, en términos generales, pueden señalarse los propósitos más significativos:

a) Diferenciación en el tratamiento, entre los delitos graves y los delitos no graves, que repercute cada vez más en nuestro sistema penal.

b) Endurecimiento en el trato a los reincidentes, tanto por lo que se refiere a la individualización judicial de la pena, por lo que respecta al otorgamiento o negativa de los beneficios y de los sustitutivos penales.

c) Disminución acertada de la posibilidad de aplicación de los sustitutivos penales (artículo 70).

d) Sanciones más altas para algunos delitos.

e) Agravamiento de sanciones, en algunos casos, para los servidores públicos que realizan conductas delictivas.

f) Inclusión de nuevos tipos penales.

Además de los propósitos genéricos antes anotados, destacan de forma especial las nuevas disposiciones en relación con la privación ilegal de la libertad (denominada, antes de la reforma, plagio o secuestro), al robo y a la penalización de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, comúnmente llamado “lavado de dinero”.

De todas estas reformas, me referiré sólo a las concernientes al “secuestro” y al robo.

2. *Privación ilegal a la libertad*

En atención a esta gama de delitos, la reforma consistió en lo siguiente: se le adicionó un párrafo a la fracción Y del artículo 364, para estatuir una calificativa, cuando la privación de libertad se realice con violencia y la víctima sea menor de 16 años o mayor de 60 años o, cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

La calificativa, sin lugar a dudas, es acertada, salvo en el supuesto en que la víctima esté en situación de inferioridad mental, respecto del sujeto que realiza la conducta de privar de la libertad.

¿Qué deberá entenderse por inferioridad mental?, ¿inferior mental a qué grado?, ¿inferioridad mental significa: menos inteligente?, ¿cómo sabrá el sujeto activo que su víctima es mentalmente inferior a él? Para determinar esta situación se necesitarán exámenes neurofisiológicos del activo y del pasivo, pero serán exámenes *a posteriori*.

Por otra parte, es lamentable que no se haya incluido como agravante el supuesto de que la privación de la libertad la lleve a cabo un servidor público.

El tercer párrafo establece una atenuante (se reduce la pena a la mitad) para el caso en que el agente, espontáneamente, libere a la víctima dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad. Esta medida es importante porque significa una excitativa para que el agente libere a la víctima.

El artículo 366 fue considerablemente modificado. Su contenido se ordenó en dos fracciones. En la primera se incrementó de seis a diez años el mínimo de la pena de prisión, el máximo quedó igual: cuarenta años.

En dicha fracción se contempla una privación de libertad que se efectúa con alguno de los tres propósitos en ella descritos, que, de alguna forma, ya estaban previstos antes de la reforma.

Dichos propósitos son:

- a) Obtener rescate;
- b) Detener, en calidad de rehén, a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra.

La fracción II dio cabida a los casos que se consideraron más graves, pues se dispone una calificativa sobre otra calificativa. Textualmente se dice que la sanción será “de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días de multa si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes”, y se anotan cinco circunstancias.

Es decir, se debe entender que para la integración del delito, es necesaria la conjunción de alguno de los propósitos incluidos en la fracción I, con alguna de las circunstancias apuntadas en la fracción II. Si la privación de la libertad se realiza concurriendo alguna de las circunstancias descritas en la fracción II, pero sin ninguno de los propósitos establecidos en la fracción I, no será aplicable ninguna de las punibilidades agravadas del artículo 366, y se estará a lo dispuesto en el artículo 364.

Las circunstancias a las que nos hemos venido refiriendo son:

- a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;
- b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;
- c) Que quienes lo lleven a cabo obren en grupos de dos o más personas;
- d) Que se realice con violencia, o
- e) Que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

El contenido del inciso a), de forma atinada, se amplió al señalar “lugar desprotegido o solitario” en vez de “paraje solitario”.

El inciso b) es nuevo y va a evitar muchos abusos de quienes son o se ostentan como policías.

El empleo de la violencia tampoco estaba contemplado en el texto anterior a la reforma, lo cual significaba una laguna.

Respecto al inciso e), son aplicables los comentarios formulados anteriormente, en orden al sujeto pasivo que se encuentran a la inferioridad mental frente al activo.

El artículo 366 bis carece absolutamente de legitimación en razón que describe, en las fracciones I a V, conductas que en ningún caso son antisociales, y no sólo eso, sino que son conductas totalmente aceptadas por la sociedad. Dicho artículo dispone: “se impondrán de uno a ocho años de prisión y de doscientos a mil días multa al que: I. Actúe como intermediario en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen en favor de la víctima”. Con este texto se abarca a parientes, amigos y a personas de buena fe que, por afecto al secuestrado o a sus parientes, actúan como intermediarios. Pero aun tratándose de extraños que intervienen por exigencia del secuestrador, la prohibición es inhumana e irracional, pues hay personas que, a pesar de los peligros que van a afrontar, se prestan a colaborar —no con los secuestradores como se dice en la exposición de motivos— sino con las víctimas de este impactante delito.

La fracción II dispone que se castigará a quien “colabore en la difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores fuera del estricto derecho a la información”. Esta fracción es un atentado a los sentimientos de fraternidad y solidaridad en virtud de que el comunicador realiza esta difusión con la finalidad de salvar la vida del secuestrado.

La fracción III sanciona a quien “actúe como asesor, con fines lucrativos, de quienes representen o gestionen en favor de la víctima, evite informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro”. Este dispositivo convierte en delincuentes a los asesores profesionales que para cumplir con su deber y proteger la vida del secuestrado “evitan informar o colaborar con la autoridad”. No se tuvo presente que un asesor legal debe aconsejar aquello que sea más conveniente para su cliente.

La fracción IV penaliza, también, a quien “aconseje el no presentar denuncia del secuestro cometido, o bien el no colaborar o el obstruir la actuación de las autoridades”. El denunciar o colaborar con las autoridades pone en alto riesgo la vida del secuestrado, pues la amenaza que siempre hacen los secuestradores es de privar de la vida al secuestrado si no se entrega el rescate o si se informa a la autoridad.

La fracción V sanciona a quien efectúe el cambio de moneda nacional por divisas extranjeras o viceversa. La persona que esto hace está, sin lugar a dudas, obedeciendo a un sentimiento de fraternidad.

No debe olvidarse que el secuestrador es una persona sumamente peligrosa, que está dispuesta a todo con tal de que no lo capturen, y ante un momento de peligro le interesa más no ser descubierto que la entrega misma del dinero o valores que haya exigido como rescate y, obviamente, optará por deshacerse del secuestrado, dándole muerte para que de ninguna manera pueda aportar dato alguno que lo pueda identificar.

La única fracción que realmente va dirigida al que actúa fuera de la ley es la VI, que dice: “intimide a la víctima, a sus familiares o sus representantes o

gestores durante o después del secuestro, para que no colaboren con las autoridades”.

Todo esto nos preocupa porque se quiere trasladar a la sociedad la responsabilidad de las autoridades. El delito de secuestro es muy grave y su frecuencia nos preocupa a todos, pero hay que hacerle frente con investigadores profesionales y estrategias eficaces. Es socialmente inadmisibles combatir la delincuencia presionando y amenazando a las víctimas que están involucradas en la tragedia o a quienes coadyuvan con ellas.

3. Robo

En cuanto al robo, la reforma afectó varios artículos: en el artículo 368, que contiene los tipos equiparables al robo, se adiciona una fracción III, en la cual se establece la sustracción o aprovechamiento de hidrocarburos o sus derivados, equipos o instalaciones de la industria petrolera. Esta reforma, de fondo, es acertada.

Se introducen (son de nueva creación) los artículos 368 bis y 368 ter. En el primero de ellos se tipifican como robos conductas que no encuadran en la connotación de robo contenida en el artículo 367, y que tampoco pueden considerarse como robos equiparados porque, además de no haber apoderamiento ni sustracción ni conducta similar, no se lesionan los mismos bienes que se lesionan con el robo.

Este artículo sanciona con prisión de tres a diez años y hasta con mil días de multa “al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, es decir, sin que haya cometido robo, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo (a sabiendas de esa circunstancia) y el valor intrínseco de éstos sea superior a 500 veces al salario”.

Como puede advertirse, las conductas descritas son totalmente diferentes de la conducta de apoderarse de lo ajeno, y sí, en cambio, tienen mucho que ver con el encubrimiento descrito en el artículo 400, que dispone: “se aplicará prisión de *tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa* al que: I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esa circunstancia”.

En ambos textos legales son iguales las conductas: “adquiera” y “reciba”; y la de “poseer” queda implicada, en ellas, pues para poseer debe haber adquirido o recibido. Quedan fuera del texto legal del encubrimiento las conductas de “enajenar y traficar de cualquier manera”. Hubiera sido conveniente adicionar estos verbos en el encubrimiento (artículo 400, fracción I), ya que la venta de cosas robadas o el tráfico de las mismas no debe asimilarse al robo, pues el bien jurídico es totalmente distinto.

Por otro lado, es importante subrayar que la punibilidad correspondiente a estos tipos es muy distinta: si se trata de *encubrimiento* es prisión de *tres meses a tres años* y si es “*robo*” es de *tres a diez años* de prisión ¿qué va a hacer el juez en este caso?

Finalmente, es oportuno preguntar: si el valor de los instrumentos, objetos o productos del robo es menor de 500 veces el salario ¿qué punibilidad tiene asociada?

El artículo 368 ter. prescribe pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días de multa, al que comercialice en forma habitual objetos robados, siempre y cuando el valor intrínseco de aquéllos sea superior a 500 veces el salario.

Considero que este nuevo texto legal tampoco es propio del capítulo de robo y que debió incluirse en el capítulo del encubrimiento.

Al artículo 37 se le incorpora un tercer párrafo que dice: “cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa” (en el Decreto enviado por la Presidencia se disponía prisión de cinco a veinticinco años). Nótese cómo textualmente se subraya, “sin importar el monto de lo robado”. Esto parece extraño, pues es bien sabido que las punibilidades para el delito de robo están establecidas en razón del valor o monto de la cosa robada (artículo 370; y para el supuesto de que el objeto del robo “por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años” (artículo 371).

No obstante las reglas de los artículos 370 y 371, el párrafo que estamos comentando introduce un robo calificado de excepción, donde no importa el monto de lo robado: se puede tratar de un objeto valorado en un peso o en mil millones. Tal disposición parece muy extraña, pues siendo el robo, un delito que lesiona bienes de tipo patrimonial, un aspecto de tal trascendencia es el valor de la cosa robada.

En el texto también se advierte lo siguiente:

a) La acechanza es un medio común en la mayoría de los robos, por lo cual no debe ser fundamentación para agravar la pena en el robo. Además, con la acechanza no se lesiona ningún bien jurídico.

b) La violencia, tanto física como moral, sí es un medio que, por lesionar otros bienes, da lugar al agravamiento de la pena, pero esta calificativa ya se encontraba regulada.

c) La disminución de las posibilidades de defensa de la víctima o el poner a ésta en condiciones de desventaja no implica que la víctima no pueda defender su patrimonio o evitar el robo. Para que se pueda hablar de ventaja en un robo se requiere que el sujeto pasivo se encuentre en una situación tal que no tenga

ninguna posibilidad de defender su patrimonio o de evitar el robo. Las posibilidades de defensa disminuida operan en la mayoría de los robos.

d) El robo, en la mayoría de los casos, se lleva a cabo por dos personas. A veces una lo ejecuta y otra sólo vigila. En tal razón, la calificativa debe ser de tres o más personas.

e) Vistas las deficiencias del artículo, valga un ejemplo para que se vea lo absurdo de las circunstancias establecidas y de la punibilidad: en un caso, dos sujetos acechan y roban al transeúnte una cartera con sus credenciales, con un valor de cien pesos; en otro caso, cuatro sujetos, empleando la violencia, roban a una persona el reloj Rolex y el automóvil. Para los dos casos la punibilidad es la misma: de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. ¿Sería esto justo? La punibilidad para estos casos es totalmente desproporcionada, lo cual es negativo tanto para la prevención general como para la prevención especial.

Se aprovecha el espacio del artículo 377, que estaba derogado, y se inscribe un texto que recoge, como delitos de robo calificado diversos supuestos de conducta, ninguno de los cuales constituye robo y que se sancionan con pena de prisión de cinco a quince años y hasta mil días multa, independientemente de lo que corresponda por la comisión de otros delitos. Las hipótesis delictivas son:

a) Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes.

b) Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados.

c) Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado.

d) Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero.

e) Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.

La primera interrogante que se nos presenta es: ¿en este contexto, qué delitos pueden cometerse que no sean el robo o la adquisición o recepción de los objetos robados a que se refiere el nuevo artículo 368 bis? Pero, además, si se trata de otros delitos, el señalamiento de que la pena es independiente de lo que corresponda por la comisión de otros delitos es absolutamente innecesario, porque, se diga o no se diga, de todos modos se deben aplicar las penas correspondientes por cada delito que se comete.

Si como lo señalamos, se trata del robo o de algún caso de los previstos en el artículo 368 bis, la distorsión normativa no sólo es grave, sino, peor aún, aberrante y contraria a los principios de legitimación, proporcionalidad y de bien jurídico, pues al sujeto que roba un automóvil se le va a sancionar por el robo y, además, con una pena adicional de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa, a pesar de no haber lesionado ningún otro bien jurídico. En otras palabras: si una persona roba un automóvil y luego lo desmantela o comercializa las partes, o lo enajena, o trafica, o lo traslada de una entidad federativa a otra,

o lo usa para cometer otros robos, o lo regala, o lo destroza, etcétera, no se le debe sancionar más que por el robo, pues la única lesión del bien jurídico es la producida por el robo.

Por otra parte, el término “comercializar” abarca el “enajenar” y el “traficar” (traficar quiere decir hacer tráfico o comercio, y tráfico significa negocio).

Las conductas descritas en las fracciones I, II y IV, y parte de la fracción III, cuando son realizadas por un tercero, son propias del encubrimiento.

La conducta de alterar o modificar la documentación que acredite la propiedad o la identificación de un vehículo robado es una falsificación de documentos.

Las punibilidades son excesivas. Si pensamos en un robo de vehículo con valor de más de 500 veces el salario, cuya pena es de cuatro a diez años de prisión, y el sujeto vende un faro, se le van a aplicar de cinco a quince años por la venta del faro. La pena concreta podría ser de 25 años de prisión, mayor que la de un homicidio o unas lesiones que dejan incapacidad permanente para trabajar, o una violación.

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL