

700

24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ART. 4o. Y 7o  
DE LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL CONTRA LA  
DELINCUENCIA ORGANIZADA

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

SENA VELÁZQUEZ, JULIO VEREDIN

ASESOR: LIC MARCOS CASTILLEJOS ESCOBAR



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

México D.F.





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**Gracias Señor:**

**Agradezco a Dios, la oportunidad de vivir y sentir, lo bello que es la vida, su ayuda y fortaleza para enfrentar los grandes obstáculos, y quien muy en especial me ha permitido concretar uno de mis mayores objetivos. Así como agradezco su eterno amor otorgado, por el que me ha permitido, no ser lo que quiero, ni lo que debo ser, sino lo que ahora soy, y con ello alimentar mi espíritu.**

**Gracias, al pueblo de México, a la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho:**

**Por la valiosa oportunidad que me dieron para poder instruirme, y a quienes debo indudablemente mi formación profesional.**

**Gracias, a mis Profesores:**

**Quienes desinteresadamente compartieron sus conocimientos y experiencia, por su amor al estudio, que me estimuló a seguir su ejemplo, arraigando en mi alma el deseo de búsqueda de la justicia, de la paz, de la equidad y el orden social, prevalecientes en un Estado de Derecho.**

**Gracias, al Licenciado Marcos Castillejos Escobar:**

**Por haberme abierto las puertas de su corazón  
y de su intelecto, y haber descubierto al hombre,  
al profesional y al jurista, pero primordialmente  
a un gran amigo, que me ha ayudado sin titubear  
cuando se lo he solicitado.**

**Gracias, a mis padres:**

**Por haberme dado la oportunidad de la vida,  
a quienes debo, por su apoyo, lo que ahora  
soy. Y a quienes muy en especial dedico el  
presente trabajo.**

**Gracias, a mis hermanos:**

**Por su compañía y apoyo desinteresado.  
Y como un estímulo para su superación.**

**Gracias, a todos mis amigos:**

**De quienes he recibido grandes muestras de afecto y cariño, quienes me animan a seguir enfrentando los obstáculos que se presentan en el camino y poder sentir la alegría de vivir, de quienes listar sus nombres sería más que un gesto de agradecimiento, un atentado a su humildad que les permite permanecer en el anonimato.**

**Gracias, a Guadalupe Sánchez Martínez:**

**La mujer que con su amor y comprensión, inmenso y desinteresado, me acompañó en mi sendero personal y profesional, quien ha dado todo sin esperar nada a cambio, quien alimentó mi alma de grandes ilusiones, quien fué un aliciente e inspiración para alcanzar este sueño, y a quien siempre le viviré eternamente agradecido.**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO

REGISTRO DE INSCRIPCIÓN A SEMINARIO

NO. REGISTRO 4382

NUMERO DE CUENTA: 88346490

NOMBRE DEL ALUMNO: SENA VELAZQUEZ JULIO VEREDIN

TITULO\_TESIS : INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 40. Y 70. DE LA  
INICIATIVA DE LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

ASESOR : LIC. MARCOS CASTILLEJOS ESCOBAR

SEMINARIO : DERECHO PENAL

A T E N T A M E N T E  
Cd. Universitaria a 1 de Octubre de 1996

  
LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA.  
SECRETARIO GENERAL

SECRETARÍA

México, D.F., a 4 de Noviembre de 1996.

**DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS,  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
P R E S E N T E .**

Por medio del presente, respetuosamente me dirijo a Usted, a efecto de hacer de su conocimiento que el alumno **JULIO VEREDIN SENA VELAZQUEZ**, con número de cuenta **8834649-0**, realizó bajo el asesoramiento y supervisión del suscrito, el trabajo de Tesis a efecto de obtener el título de Licenciado en Derecho, registrado en el Seminario a su digno cargo bajo el rubro de **"Inconstitucionalidad de los Artículos 4º y 7º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada"**.

Por lo anteriormente referido, exhibo los ejemplares correspondientes al trabajo en mención, a efecto de ponerlo a su consideración, solicitándole que en caso de no existir impedimento alguno, otorgue su Voto Aprobatorio para los fines correspondientes.

Sin más por el momento agradezco la atención prestada, enviándole un afectuoso y cordial saludo.

**ATENTAMENTE**

**LIC. MARCOS CASTILLEJOS ESCOBAR**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

Cd. Universitaria, a 29 de noviembre de 1996.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDIANACION  
ESCOLAR DE LA UNAM.  
P R E S E N T E.

EL C. JULIO VEREDIN SENA VELAZQUEZ, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. MARCOS CASTILLEJOS ESCOBAR, su tesis profesional intitulada LA INCOSTITUCIONALIDAD DE LOS ART. 4 y 7 DE LA INICIATIVA DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DE LICUENCIA ORGANIZADA, con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

EL alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

*[Firma manuscrita]*  
MEXICO, D.F. A LOS 29 DE NOVIEMBRE DE 1996  
BERNARDO SENA VELAZQUEZ  
DIRECTOR DEL SEMINARIO

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**“INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS  
4° Y 7° DE LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL  
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA”**



**Sustentante: Julio Veredín Sena Velázquez**

**Asesor: Licenciado Marcos Castillejos Escobar**

**Ciudad Universitaria, Octubre de 1996**

**"INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS  
4º Y 7º DE LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL  
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA"**

**I N D I C E**

***INTRODUCCION***

v

***CAPITULO I***

***ASPECTOS CONSTITUCIONALES***

1.- Estructura y Soberanía del Estado	I
2.- El Gobierno ante el Estado	25
3.- Las Garantías Individuales en Materia Procesal Penal	34

***CAPITULO II***

***LA NORMA PENAL Y EL DELITO***

1.- Concepto de Norma y Norma Penal	80
2.- Elementos de la Norma Penal	88
3.- Concepto de Delito	90
4.- Elementos del Delito	93
5.- El sujeto Activo del Delito	129

***CAPITULO III***  
***EL REGIMEN DE MENORES INFRACTORES***

1.- Fundamentación Jurídica: Artículo 18 Constitucional	135
2.- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal	160
3.- El Consejo de Menores del Distrito Federal	179

***CAPITULO IV***  
***INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS***  
***4° Y 7° DE LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL***  
***CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.***

1.- Concepto de Delincuencia Organizada	201
2.- Características de la Delincuencia Organizada	204
3.- Marco Social de la Delincuencia Organizada en México	206
4.- Delitos Previstos como Delincuencia Organizada	215
5.- Delincuencia Organizada: ¿Un Tipo Penal ó una circunstancia?	221
6.- La Delincuencia Organizada; y las Reformas Constitucionales	226
7.- Inconstitucionalidad de los Artículos 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	239
 <b>CONCLUSIONES</b>	 267
 <b>BIBLIOGRAFIA</b>	 281

## ABREVIATURAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	C.P.E.U.M.
Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal	C.P.
Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal	L.T.M.I.
Código Federal de Procedimientos Penales	C.F.P.P.
Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de fecha dieciocho de Marzo de 1996	I.L.F.C.D.O.
Minuta de Proyecto de Ley Federal Contra de Delincuencia Organizada, de fecha quince de Octubre de 1996	M.P.L.F.C.D.O.

## INTRODUCCION

En la actualidad, los mexicanos, nos hemos visto asediados en forma reiterada por un fenómeno que ha alcanzado gran expansión, la inseguridad pública, provocada en gran parte por actos delictivos de organizaciones criminales. Aquellas, que con fines eminentemente lucrativos, se establecen permanentemente para realizar algunas conductas delictivas específicas que los lleven a alcanzar su meta. En esta búsqueda, se quebrantan la estructura jurídica de los Estados, por ser un fenómeno con tendencias de internacionalización. En consecuencia se pone en tela de duda la efectividad los mecanismos de seguridad pública implementados por éstos, para combatir el fenómeno delictivo

Esto se debe a que estamos en presencia no de un grupo delictivo común, sino de toda una organización, bien estructurada, con fines y objetivos determinados, a corto, mediano y largo plazo, permanente y continua por cuanto hace a su actuar, que no es impulsivo, y además jerarquizada, que cuenta con los elementos tecnológicos modernos al servicio de la delincuencia. Que primordialmente, representa una afectación a la población, pues es ella quien sufre y recibe los embates de la delincuencia, los habitantes son receptores en su persona, patrimonio y derechos del quebrantamiento de la estructura política, jurídica y social del país, a través de las conductas típicamente antijurídicas perpetradas por la delincuencia genérica, comprendiendo dentro de este concepto a la común y a la organizada, que a saber, entre sus actos delictivos se encuentran el narcotráfico, el lavado de dinero, el acopio y el tráfico de armas, el tráfico de indocumentados, el tráfico de órganos, el robo en general, el secuestro, y el tráfico de menores, entre otros.

Ante este fenómeno, que indudablemente, tiende a incrementarse cada día más, superando a los sistemas de seguridad pública implementados para su combate. Así como en atención a compromisos de carácter internacional, adquiridos por la mayoría de los Estados. Los gobiernos han decidido fomentar la creación de instrumentos jurídicos funcionales que sirvan de antídoto para combatir este fenómeno. El Poder Ejecutivo Mexicano, el pasado dieciocho de Marzo, propuso para su análisis, discusión, modificación y en su caso aprobación, por parte del Congreso de la Unión, la denominada "Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada". De la que se pretende y espera, sea un verdadero y eficaz instrumento de combate a la criminalidad organizada.

En este intento, se involucran a los sistemas de seguridad pública, a autoridades administrativas, pero primordialmente al poder judicial, y por ende al penitenciario, para que participen en la erradicación de este fantasma de inseguridad que actualmente nos invade. Pero el instrumento jurídico de propuesta, es en extremo atentatorio de los derechos públicos subjetivos, que forman parte de los ideales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es una ley, dictatorial, que antepone una política criminal represiva, como solución al problema delincencial, sobre la preventiva, que prevé tanto efectos como consecuencias, so pretexto de conservar el Estado de Derecho que se pretende impere en una nación democrática.

Establece la restricción de garantías, bajo amenaza de extinción, argumentando que éstas son un obstáculo para combatir eficazmente la delincuencia organizada, y sin importar los daños ya resentido por el gobernado, el Estado pretende imponer otros más por su parte. Entre estos encontramos que en los preceptos 4º y 7º de la citada Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se prevé la disminución de la edad penal, como forma de excepción en casos de delincuencia organizada y sólo para los individuos de entre dieciséis y dieciocho años de edad. Considerándoseles, de esta forma, sujetos imputables conforme a la ley, y de enjuiciamiento penal. Con independencia de la existencia de

instituciones especiales que son competentes para conocer del tratamiento de menores infractores. Y sobre éste renglón es de donde partimos para realizar el presente trabajo de investigación, con la finalidad de constatar los razonamientos anteriormente expresados.

Pues no en todos los casos la ley representa la solución a todos los problemas que aquejan a la sociedad en general. Sino que puede representar un instrumento que la atropellen y lesionen, afectando a una de sus células más sensible, sus niños y jóvenes, quienes son el futuro de las naciones.

Meter a la cárcel a los jóvenes infractores no es la solución. Esto no va a reducir el índice de inseguridad provocado por la delincuencia organizada. La solución está en la implantación de programas de salud, educación, cultura y oportunidades de formación y desarrollo de los menores, para evitar que lleguen a delinquir en un futuro, al ser absorbidos por organizaciones criminales. Y atacar decididamente a los delincuentes profesionales, mediante los procedimientos legales procedente, no atentatorios de las garantías individuales tuteladas por nuestra Carta Magna

## CAPITULO I

### ASPECTOS CONSTITUCIONALES

#### 1.- Estructura y Soberanía del Estado.

##### *Estructura del Estado*

El Estado como institución social ha sido tema de innumerables y abundantes estudios, encontrándose en él los elementos existenciales de una nación, de ahí que derive fundamentalmente hacer una reseña sobre su conceptualización y de los elementos que lo conforman, con el fin de tener una base firme a partir de la cual se realice el presente estudio, no obstante que no sea en sí la esencia del mismo, y hacerlo entendible, elaborando un panorama general inicialmente, para llegar a un particular, que es el que se pretende.

Las primeras interrogantes que debemos contestar son: ¿Que es el Estado?, ¿De dónde deriva tal concepto?, ¿Que es la facultad soberana del Estado?, a partir del análisis de las mismas se tendrá un conocimiento genérico del porqué y de donde emanan los ordenamientos jurídicos que regulan las relaciones y convivencia de la sociedad, uno de éstos últimos materia del presente trabajo.

### **Derivación de la palabra Estado:**

La palabra "Estado" durante la evolución histórica de la sociedad ha tenido variadas concepciones, e incluso existen diversos criterios doctrinarios emanados del estudio de la Teoría Política, encontramos inicialmente que "la palabra Estado deriva de *stato, stare, status*, que significa situación de permanencia, orden permanente o que no cambia".<sup>1</sup>

Durante el transcurso evolutivo al que nos hemos referido podemos percatarnos que el Estado no ha sido estático en su conformación desde el momento en que nació, sino que ha evolucionando conforme lo hace la sociedad, lo cual se corrobora con la existencia del actual Estado Moderno, haciéndose necesario exponer en forma breve su evolución.

### **Evolución del Estado:<sup>2</sup>**

"Los caracteres del Estado en el siglo XVI.- En la Ciudad de Provenza aparecen ya los principales caracteres del Estado moderno, en el siglo XVI, y son muchos los autores que lo estudian a partir de **Bodino**, quien habla de la soberanía como el poder más grande, se refiere al estado como una clase social o estamento. **Tomás Hobbes** concibe al Estado como un monstruo de poder inquisitivo y un fenómeno político de poder público que se explica por el grupo social mismo. **Locke**, en su "Ensayo sobre gobierno civil", habla de un Estado de naturaleza, de libertad y de igualdad, que es regido por la razón y por las reglas de conveniencia".

"La tónica del Estado en los siglos XVII y XIX.- La Revolución industrial, el comienzo de los nacionalismos, el absolutismo monárquico, dieron la tónica del Estado en los siglos XVII y XIX, aunados al colonialismo y a la idea de hegemonía. Las

<sup>1</sup> Acosta Romero, Miguel. "Teoría General de Derecho Administrativo", Primer Curso, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición Actualizada, México, 1993, pág. 76

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 77

**Inconstitucionalidad de los Art. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Revoluciones, Francesa de 1789, la independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y las de las Repúblicas latinoamericanas, dan un nuevo auge e impulso a la formación de las Repúblicas en América”.

“La soberanía pasa del monarca al pueblo, del pueblo al constituyente y de éste a la Constitución, según algunos autores muy formalistas que tienden a descuidar los elementos extranormativos de lo jurídico, es decir, sus condicionantes económicos, sociales y políticos, tanto nacionales como internacionales”.

“El Estado en el siglo XX.- El siglo actual encuentra al Estado creciendo en todos sus órdenes: órganos, personal, medios materiales, actividades, finalidades y perspectivas, y redimensionándose a partir de 1980, modernizándose y privatizando a la mayor parte de empresas públicas”.

**Concepto de Estado, diversas acepciones:**

Partiendo del conocimiento evolutivo, así como de la conformación y características del Estado, resulta necesario hacer referencia a la forma de conceptualización que los doctrinarios a través de los tiempos han dado al término “Estado”, tomado éste como institución más que como una simple palabra referencial, y a efecto de tener una mayor comprensión a continuación se citan algunas acepciones que han sido vertidas por diversos tratadistas al respecto.

Cicerón, señala que “Es la multitud de hombre ligados por la comunidad del derecho y de la utilidad”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Amáiz Amigo, Aurora, “Soberanía y Potestad” (de la Soberanía del Pueblo; de la potestad del Estado). Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1981, pág. 124

**San Agustín**, refiere que "Es una reunión de hombres dotados de razón y enlazados en virtud de la común participación de las cosas que aman".<sup>4</sup>

Para **Bodino**, " Es un conjunto de familias y sus posesiones comunes gobernadas por un poder de mando según la razón".<sup>5</sup>

A criterio de **Savigny**, y en forma breve, "Es la representación material de un pueblo".<sup>6</sup>

**Kant**, de igual forma expresa que "Es una variedad de hombres bajo leyes jurídicas".<sup>7</sup>

Para **Herman Heller**, "El Estado es una conexión social de quehaceres";<sup>8</sup> "El Estado es la conexión de los quehaceres sociales. El poder del Estado en la unidad de acción organizada en el interior y el exterior. La soberanía es el poder de ordenación territorial"; "El estado es la organización política soberana de dominación territorial. Es la conexión de los poderes sociales".<sup>9</sup>

**Miguel Acosta Romero**, señala como concepto de Estado, el siguiente: "Es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas". Asimismo señala que, siendo una realidad social, el Estado tiene necesariamente una realidad jurídica que se expresa en su capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones, que van desde los derechos fundamentales de los Estados, consistentes en ser soberanos, defender su territorio, su estructura como Estado y sus

---

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> **Acosta Romero, Miguel**, *op. cit. supra*, nota 1, pág. 78

<sup>9</sup> **Amáiz Amigo, Aurora**, *op. cit. supra*, nota 3, pág. 125

órganos de gobierno, establecer su sistema monetario, su sistema tributario, sus estructuras de defensa interna y externa, su orden jurídico y las bases para su desarrollo, así como establecer relaciones con otros miembros de la comunidad internacional.<sup>10</sup>

**Manuel García Pelayo** define al Estado como "la organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica del pueblo".<sup>11</sup>

**Carré de Malberg** dice que "Podría definirse, cada uno de los Estados *in concreto* como una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y de coerción. Por consiguiente, en las sociedades constituidas en forma estatal, lo que los juristas llaman propiamente *Estado es el ente de derecho en el cual se resume abstractamente la colectividad nacional*. O bien, según la definición adoptada por los autores franceses: *Estado es la personificación de la nación. Estado es la persona política organizada de la nación*".<sup>12</sup>

**Aurora Arnáiz Amigo**, considera que "el Estado tiene originaria y consustancialmente personalidad política y no jurídica. Lo jurídico es subsiguiente a su carácter político. No existe una voluntad del Estado; como en las sociedades jurídicas tampoco existe la voluntad de la sociedad sino la unánime o mayoritaria de sus asociados. El Estado es una institución política, una entidad y en ocasiones una empresa que actúa alrededor de ideas múltiples, sintetizadas en la unidad de acción. El Estado jurídicamente considerado, el Estado administrativo al igual que las personas morales y jurídicas ... La causa originaria del Estado es el hombre político, y su voluntad transformada en acción"; concluyendo que "El Estado es una asociación política que dispone de una organización específica sobre un territorio, y de un supremo poder para crear el Derecho Positivo".<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Acosta Romero, Miguel, *op. cit. supra*, nota 1, pág. 78

<sup>11</sup> Arnáiz Amigo, Aurora, "Estructura del Estado", Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., Librero Editor, México, 1979, pág. 41

<sup>12</sup> Carré de Malberg, Raymond, "Teoría General del Estado", Editorial Fondo de Cultura Económica, versión española de José Lion Dupont, Primera Edición, Sección de Obras de Ciencias Políticas, México, D.F., 1948, págs. 26 a 28

<sup>13</sup> Arnáiz Amigo, Aurora, *op. cit. supra*, nota 11, págs. 42 y 43

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

El estudioso **Groppali** señala que el Estado "Es la agrupación de un pueblo que vive permanentemente en un territorio como un poder de mando supremo, representado éste en el gobierno".<sup>14</sup>

**Grocio** refiere que es "La asociación perfecta de hombres libres unidos para gozar de sus derechos y para la utilidad común. Es la asociación política soberana que dispone de un territorio propio, con una organización específica y un supremo poder facultado para crear el derecho positivo".<sup>15</sup>

**Andrés Serra Rojas**,<sup>16</sup> señala como concepto científico de Estado, el siguiente: "El Estado es un orden de convivencia de la sociedad políticamente organizada, en un ente público superior, soberano y coactivo". Lo que explica al referir que, las creaciones jurídicas son creaciones sociales y no tienen otra vitalidad y otra proyección que el que la misma sociedad le conceda. Este orden jurídico total que es el Estado está tan estrechamente vinculado al orden social, que si la sociedad desapareciera del planeta en ese mismo instante desaparecería el Estado y todas las creaciones de la cultura. Por eso el hombre social impregna el orden jurídico de la idea de justicia, por ello, al elevar al hombre, rompe con la rutina y la sedentariedad social. Concretizando, que "El Estado es un orden jurídico de convivencia en un territorio determinado; una forma de asociación superior a todas las formas de asociación, pues supone el monopolio y exclusividad del poder coactivo.

Para el Doctor **Ignacio Burgoa**, la conceptualización de la figura "Estado", se constriñe a la siguiente enunciación: "Estado es la persona moral suprema que estructura jurídicamente a la nación y cuya finalidad estriba en realizar el orden del derecho básico o fundamental".<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Arnaiz Amigo, Aurora, *op. cit.*, supra, nota 3, pág. 126

<sup>15</sup> *Idem*

<sup>16</sup> Serra Rojas, Andrés. "Teoría del Estado". Editorial Porrúa, S.A., Décimo Segunda Edición, México, 1993, págs. 167 a 169

<sup>17</sup> Burgoa Orhueta, Ignacio, "El Estado". Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1970, págs. 309 y 310

Siendo el Estado la estructura social como anteriormente se definió, se encuentra conformada para su integración de diversos elementos que a razón de ellos hacen su coexistir, a éstos son a quienes he de referirme a continuación.

Podemos concluir de la variedad de conceptos anteriormente vertidos, a nuestra consideración, que el **Estado** es la *Institución Social por excelencia, la cual se encuentra conformada por un grupo de personas, que organizados como una colectividad establecen fines comunes para satisfacer unidos sus necesidades, objetivos perseguidos de manera independiente y autónoma a las de otros grupos, que además cuentan con rasgos y características propias que los hace diferentes de otras comunidades, asimismo se encuentra asentado permanentemente sobre un territorio propio y definido, lugar y personas sobre las que existe un supremo poder, en el que la población a depositado su facultad soberana para que la represente frente a los demás Estados, poder que se ejerce en la institución denominada Gobierno, la cual se encarga de establecer los cuerpos normativos jurídicos que hacen posible la convivencia social de la comunidad, utilizando la fuerza coactiva para obtener el cumplimiento de su observancia*

#### **Elementos del Estado:**

Dentro de algunas de las opiniones tomadas en consideración, citaremos la expresada por el Maestro **Miguel Acosta Romero**, quien refiere que: "El Estado es una realidad social, y a ella corresponde una realidad jurídica, con características específicas, que son:

1. Es la organización política de una sociedad humana -considerado éste como el elemento *Poblacional*- que corresponde a un tiempo y espacio determinados -el *Territorio*. Agregando que, el Estado es consecuencia de una larga evolución de la sociedad humana, y se explica, y se existe, en función de la misma y es una organización política que ejerce la soberanía, que es el principio político jurídico ... que es básico para la existencia del Estado

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

y establece la diferencia específica con otro tipo de organizaciones políticas –el *Gobierno*–, creadas por la sociedad humana, como pueden ser las regiones autónomas, entidades federativas y municipios, en los cuales no se ejerce la soberanía, pero son organizaciones políticas de la sociedad humana en cierto territorio, subordinadas al ente soberano.

2. La realidad del Estado está constituida por los siguientes elementos: a) Un conjunto de individuos que forman la sociedad humana que es la que se organiza políticamente y que constituye el *elemento poblacional* del Estado; existen opiniones en el sentido de que este elemento es el pueblo, pero considero que el pueblo es un concepto sociológico, ... como por ejemplo la ciudadanía, en cuyo caso sólo formarían parte del pueblo aquellos que tuvieran capacidad para votar en las elecciones, quedando en consecuencia fuera, los menores de edad y los incapaces, por lo que estimo que la sociedad es el conjunto de individuos que la forman en cierto momento, abarcando a todos y no únicamente a los ciudadanos. b) El *territorio* constituye la realidad fisico-geográfica ... y sobre la cual es Estado ejerce su soberanía; y esta formado por los siguientes elementos: 1. La superficie terrestre del planeta; 2. El mar territorial; 3. La plataforma continental; 4. Los zócalos submarinos; 5. El subsuelo; 6. El espacio superestante; y 7. El mar patrimonial o zona económica exclusiva con las limitaciones que los artículos 27 y 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señalan, así como el Derecho internacional. Sobre estos elementos del territorio el Estado ejerce su soberanía y aplica su orden jurídico interno. c) La *soberanía*. Este concepto filosófico, político y jurídico que ha sido muy discutido, existe a partir de la obra de Bodino y su realidad es efectiva desde la paz de Westfalia de 1648 y ha sido definida de las formas más diversas, pero se considera como el poder superior que explica la independencia, la autodeterminación, el ejercicio del poder y el señalamiento de fines del Estado, de tal manera que por encima del concepto de soberanía, no se acepta ningún otro que limite el poder estatal, asimismo, la soberanía implica la igualdad de todos los estados que tienen esa característica y que son independientes. d) *Orden Jurídico*. La existencia de ese orden se justifica por la necesidad de que las relaciones intersubjetivas humanas sean reguladas por normas que la propia sociedad acepta y crea conforme a los procedimientos establecidos, e implica desde la

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

existencia de la Constitución, norma básica, hasta las normas de rango inferior, en México, la jerarquía de las normas está consagrada en el artículo 133 de la Constitución, existiendo tres niveles normativos que son: el Federal, el de las entidades federativas y el de los municipios. e) *Organos de Gobierno*. Todo Estado, cualquiera que sea su signo filosófico-político, ejerce su soberanía y su poder a través de los órganos de gobierno. En la época monárquica, el monarca era el titular de la soberanía y el centro del poder; a partir de las revoluciones de independencia de los Estados Unidos 1776 y Francia en 1789, la titularidad de la soberanía se ha desplazado al pueblo, en la mayor parte de los países es el propio pueblo el que establece la forma de Estado y los órganos de gobierno, desde el siglo XVIII tradicionalmente son tres, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. En México la soberanía radica en el pueblo y el poder se divide para su ejercicio en los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial".<sup>18</sup> Y por último, dicho autor considera como fines del Estado el bien común, la felicidad de la sociedad, la justicia social, etc.

Raymon Carré de Malberg,<sup>19</sup> refiere que son esencialmente tres los elementos constitutivos del Estado; por lo que, En cada Estado se encuentra desde luego un cierto número de hombres, *Población*. Este número puede ser más o menos considerable: basta que estos hombres hayan conseguido, de hecho, formar un cuerpo político, autónomo, es decir, distinto de los grupos estatales vecinos.

El segundo elemento constitutivo de los Estados es el *Territorio*. El territorio es, pues, uno de los elementos que permiten que la nación realice su unidad. Pero, además, una comunidad nacional no es apta para formar un Estado sino mientras posea un suelo, una superficie de tierra sobre la cual pueda afirmarse como dueña de si misma e independiente, es decir, sobre la cual, pueda, al mismo tiempo, imponer su propia potestad y rechazar la intervención de toda potestad ajena.

<sup>18</sup> Acosta Romero Miguel, *op.cit. supra*, nota 1, págs. 79 a 82

<sup>19</sup> Carré de Malberg Raymond, *op.cit. supra*, nota 12, págs. 21 a 26

Finalmente, y por encima de todo, lo que constituye un Estado es el establecimiento, en el seno de la nación, de una Potestad Pública que se ejerce autoritariamente sobre los individuos que forman parte del grupo nacional. Esta Potestad Pública debe su existencia, precisamente a una determinada organización del cuerpo nacional, organización por la cual, en primer término, se encuentra realizada de modo definitivo la unidad capaz de tomar por cuenta de aquella todas las decisiones que precisa la gestión de sus intereses generales; organización, en fin, de la que deriva un poder coercitivo que permite a la voluntad así constituida imponerse a los individuos con fuerza irresistible; dicha voluntad de dirección y dominación se ejerce con doble fin: por una parte se relaciona con la comunidad, y de otra parte realiza los actos de autoridad que consisten ya en emitir preceptos imperativos y obligatorios, ya en obligar a ejecutar tales preceptos.

Por lo que se concluye que para dicho autor, los elementos constitutivos del Estado son: 1.- Comunidad Humana (Población); 2.- Territorio; y 3.- Potestad Pública (ó Potestad de Dominación ó Soberanía Territorial).

Andrés Serra Rojas,<sup>20</sup> señala que, el Estado se encuentra conformado de la siguiente forma, se integra u organiza con una población -elemento humano, o grupo social sedentario, permanente y unificado-, asentada sobre un territorio o porción determinada del planeta, y provista de un poder público que se caracteriza por ser soberano y se justifica por los fines sociales que tiene a su cargo.

Dentro de el libro “La Estructura del Estado” el referido doctrinario cita que,<sup>21</sup> la teoría tradicional de los elementos del Estado señala que siendo el Estado la organización política de la sociedad, deben considerarse los siguientes elementos esenciales: un territorio, una población, los fines que se propone atender y un orden jurídico general encaminado a alcanzar determinados fines. En otros términos, el Estado debe comprender un grupo social importante, localizado sobre una porción de la superficie terrestre, dotado

<sup>20</sup> Serra Rojas, Andrés, op. cit. supra, nota 16, pag. 167

<sup>21</sup> Ibid., págs. 231 a 236

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

de un poder de mando soberano y un orden jurídico general encaminado a alcanzar determinados fines.

Posteriormente añade que, el Concepto de Estado pone de manifiesto los siguientes factores o elementos, subordinados al Derecho, que intervienen en su determinación, bajo muy singulares relaciones.

- a) Una limitada región del planeta que se denomina genéricamente **territorio del Estado**, en el cual se asientan en forma permanente y sedentaria los grupos humanos.
- b) Una asociación de grupos humanos unidos por la fuerza de la sociabilidad, que forma la **población del Estado**. estos grupos se mantienen unidos por la convivencia y por los lazos de la solidaridad, que al alcanzar sus formas superiores de desarrollo forman la nación.
- c) El grupo político supremo, dominante y coactivo denominado **poder o autoridad del Estado**, se integra con órganos del poder público o esferas de competencia derivadas de la Ley, que fracciona la competencia total del Estado y por los titulares de esos órganos, que son personas físicas a quienes se encomienda el ejercicio del poder.
- d) Una organización jurídica soberana, con personalidad jurídica que es un elemento básico, bajo la cual se crean y funcionan las instituciones sociales, políticas y económicas y se delimita la acción del poder público. El **poder de mando supremo** es la característica del Estado.
- e) Los **finés sociales** que el Estado se proponen realizar, los cuales se determinan por circunstancias históricas; y
- f) El **tiempo** como elemento del Estado.

El concepto de población del Estado hace referencia a un concepto cuantitativo o sea el número de hombres y mujeres, nacionales y extranjeros, que habitan en su territorio, cualquiera que sea su número y condición, y son registrados por los censos generales de población.<sup>22</sup>

El territorio, del Estado, o marco territorial es el área geográfica que le sirve de asiento, o como ha afirmado Kelsen "no es en realidad otra cosa que el ámbito espacial de validez del orden jurídico del Estado", que para Hermann Heller "el territorio es la condición geográfica de obrar estatal, es decir, el territorio establece la comunidad del destino de la Tierra". Esto quiere decir que ese orden jurídico es limitado y que "las medidas coactivas, las sanciones establecidas por ese orden tienen que ser aplicables únicamente en ese territorio y ejecutarse dentro de él". Todo estado debe de poseer un territorio como un supuesto imprescindible de su organización, de las funciones que le corresponden, de los servicios que atiende y de su competencia para regularizar, coordinar y controlar la acción administrativa, ya que no hay Estado sin territorio.<sup>23</sup>

El Poder del Estado o relaciones de poder es un aspecto significativo de un sistema político, que distingue la política de cualquier otra actividad humana. El poder es un medio poderoso para que el Estado pueda realizar sus fines, o la capacidad de imponer obediencia. El poder político es una libertad, una energía y una superioridad, que realiza una empresa de gobierno y gobierna creando orden y gobierno". El poder puede definirse por la capacidad que posee un actor de la vida política para obligar a otro a realizar un acto determinado; se diferencia de la influencia por su carácter obligatorio, por el eventual recurso de la coacción y se distingue de la autoridad por la ausencia de toda precisión en cuanto a su carácter de legitimidad".<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ibid., págs. 241 y 242

<sup>23</sup> Ibid., págs. 271 y 271

<sup>24</sup> Ibid., págs. 292 a 294

Al respecto, **Efraín Polo Bernal**,<sup>25</sup> refiere: "Si el Estado es, en el concepto tradicional, la organización política de una sociedad, deben considerarse como *elementos esenciales*: 1) *una población*, 2) *un territorio*, y 3) *un gobierno*; pero desde luego, el factor que da unidad a todos los elementos es el orden jurídico, que tiene en su base una estructura constitucional de la cual emanan los principios de su organización".

Y particularizando, vierte las siguientes consideraciones conceptuales.

#### **1º La población.**

La población es la totalidad de los seres humanos que viven en un territorio de un Estado, es, dicen otros, la corporación, asociación o pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común e integradora o no de esa autoridad. Se compone, entonces, la población, por dos grupos: a) El nacional; b) El extranjero. El primero, entraña a la nación; el segundo, no la compone.

#### **2º El territorio.**

Procede del latín *territorium-ii*, que significa porción de la superficie perteneciente a una región, provincia o nación.

La doctrina más generalizada ha reconocido la importancia del territorio como elemento del Estado, ya que sobre él se halla instalada la comunidad nacional; en tal consideración, todo Estado debe poseer un territorio como una parte imprescindible de su organización. Tratándose del Estado, el territorio es esencial, en cuanto a que mediante él se desenvuelve su actividad específica, esto es, su poder público. De tal manera lo anterior es verdad que el territorio no es en realidad otra cosa que el ámbito de validez espacial del orden jurídico. **Jesús Reyes Heróles**, define al territorio como "La fracción del globo

<sup>25</sup> Polo Bernal, Efraín, "Manual de Derecho Constitucional", Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1985, pág. 101

**Inconstitucionalidad de los Art. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

terráqueo sobre la cual se asienta un Estado". Dentro del concepto exclusivamente formal digamos que el territorio, y, más específicamente, el nacional, es el espacio señalado en la norma constitucional y en el que el Estado Mexicano ejerce, en forma exclusiva, su soberanía. El territorio, es, pues, para el Estado, el espacio terrestre, aéreo y marítimo (artículos 27, 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) dentro del que ejerce su poder, a través de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, por medio de sus respectivos órganos o autoridades.

**3º El gobierno.**

Según la teoría tradicional, el Gobierno constituye el tercer elemento del Estado, y como tal se nos presenta en la realidad como un conjunto de funcionarios que ejercen la autoridad pública.. Posadas, señaló: "El Gobierno es la organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado". El gobierno es una condensación de energía política que produce el régimen jurídico y un sistema de relaciones de representación.

A consideración del sustentante los elementos conformantes del Estado Moderno son tres, en lo que se concentran todas y cada una de las características que los hacen diferentes e independientes entre sí, a razón de lo cual son los siguientes:

**1. La Población:**

Porque el Estado es una concepción racional, y por tanto, es la denominación dada a una comunidad humana, que se formó englobando a todos los individuos que se asentaron en un territorio determinado y bien definido, haciéndolo único, uniéndose, entre sí, como una colectividad sobre la base del interés general y común, independientemente de las diferencias que emanan de cada sujeto considerándolo en forma individual, que a través del tiempo por su convivencia han tomado rasgos y características similares entre sí que los hace diferentes de otros grupos sociales que los rodean, que buscan alcanzar fines

colectivos de manera grupal, entre los que destacan la independencia, autonomía, libertad y representación, ésta última delegada en una de sus instituciones, organizándose jurídicamente para concretar los ideales del Estado.

Cabe hacer mención que bajo esta concepción de "Población" no se encuentra la consideración de ser sinónimo de "Pueblo", ya que la primera es dada al grupo socialmente conformado y firmemente definido, asentado permanentemente en un territorio, que independientemente de ésto forman parte de él todos sus nacionales, radicados en su territorio o en el extranjero. niños, adultos o ancianos, todos forman parte de la población, y que indiscutiblemente es uno elementos integrantes del Estado; y el Pueblo, es una denominación social, que tiene variables adecuaciones, es decir, puede aplicarse tanto a un pequeño grupo social, a un municipio, a un estado federado ó una nación, inclusive es utilizado como término político para denominar a todos los individuos sobre los cuales el gobierno impone sus fines, es decir incluye únicamente a los sujetos portantes tanto de capacidad de goce como de ejercicio.

## **2. El Territorio:**

Este es el segundo elementos *sine qua non* se da la existencia del Estado, es decir, un Estado debe de tener un lugar físico en donde tiene que establecerse, siendo uno de los antecedentes para su surgimiento que el hombre dejara de ser nómada y se convirtiera en sedentario, estableciéndose de manera definitiva en un territorio, en donde desenvolvería todas sus actividades, acrecentando de esta forma su grupo social.

El territorio actualmente como parte integrante del Estado conforma el espacio físico (tierra) en el que se encuentra de manera definitiva asentada su población, delimitado tanto por fronteras naturales como artificiales, y no solo eso sino, también comprende, para

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

los Estados que cuentan con ello, la extensión marítima, que cada uno de ellos ha determinado con el fin de defender su soberanía, ámbito en el cual ejerce su poder supremo el Estado, extensión comprendida con todas y cada una de las partes que la conforman.

El territorio es el espacio propio e independiente en donde el Estado ejerce su soberanía, su propia potestad, rechazando la intervención ajena; lugar en donde el Estado hace cumplir en forma coercitiva sus ordenamientos jurídicos, haciendo obligatoria su observancia para toda su población, y sujetando a los lineamientos emanados de la Ley a todas las personas y bienes que en él se encuentran; territorio que es invadible por cualquier otro Estado, porque en él se ejerce el supremo poder representado por el gobierno del Estado, y que en caso contrario se da la violación de soberanía, dando lugar a un ataque grave a la libertad y dignidad del Estado agredido.

### **3. El Poder:**

El tercer y último elemento conformante del Estado es, el supremo Poder soberano, el cual se encuentra depositado en el Gobierno, llamado también poder público. Este es el elemento característico y que le da vida al Estados, en virtud de que pueden existir territorios y grupos humanos que no formen parte de una organización estatal, mientras que el poder público no puede existir sino como la representación peculiar de una nación llegada a su etapa de integración política.

El Estado es una estructura organizada que tiene el poder soberano emanado de la población gobernada, es ente de acción no estático, entre sus funciones está la de garantizar una convivencia social ordena, para lo cual crea los ordenamientos jurídicos necesarios haciendo cumplir su observancia mediante la fuerza coactiva que debe caracterizar al gobierno con el fin de alcanzar la paz y seguridad jurídica colectiva.

El poder del Estado no debe entenderse únicamente como elemento referencial de "dominio", "poder coercivo", no obstante de ser irredio justificable de aplicación para

### Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

alcanzar sus fines, sino también debe entenderse como la facultad de "ordenar" y "administrar", términos que guardan menor relación con el de "fuerza" significativo de violencia. En decir, la esencial del Estado no es el imperio de la fuerza como único fin para alcanzar sus fines, sino para lograr este alcance debe de organizar su estructura estatal, gubernamental, colectiva, para poder administrar todas y cada una de sus finalidades, estableciendo los medios necesarios al alcance que vinculen sus relaciones entre gobierno y gobernantes, haciendo de tal forma que la coerción sea el último medio utilizable para alcanzar sus fines; consecuentemente el Estado no puede existir y mucho menos alcanzar sus fines sin la presencia de un poder, fuerza autoritaria, ya que con ésto logrará la realización del bien público.

Este poder depositado en el gobierno por parte de la población conformante del Estado, es dado con el fin de ser a parte del mediador y organizador del Estado de Derecho en su interior, es con el fin de ser su representante ante los demás Estados que existentes en el exterior, ante los cuales debe defender a toda costa y por medio de su facultad soberana los elementos que lo conforman: Población, Territorio y Poder.

### Soberanía del Estado

Ahora bien, de todo lo anteriormente narrado podemos apreciar un elemento que es fundamental dentro de la conformación del Estado Moderno, el cual da lugar a la supremacía de dicha institución, la cual bajo su amparo no podrá ser violada y si respetada en todos sus ámbitos, nos referimos a la Soberanía del Estado, característica del poder del Estado que es supremacía ante otro Estado e igualdad con relación a los poderes de los demás Estados, poder omnipotente; esta figura es la que ahora nos toca analizar, pero primeramente estudiaremos el concepto en forma genérica, en su propia concepción, es decir ¿Qué es la Soberanía?

### **Concepto de Soberanía**

Etimológicamente soberanía significa lo que está por encima o sobre todas las cosas, de *super* sobre y *omnia* todo, esto es, el poder que está sobre todos los demás poderes.<sup>26</sup>

**Kelsen**, afirma que la soberanía es una propiedad del orden jurídico. Esta propiedad consiste en que es un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior y radica en el poder del Estado.<sup>27</sup>

**Hinsley**, señala: "la idea de **soberanía** supone la existencia de una autoridad política final y absoluta dentro de la comunidad política ... y más allá no existe otra autoridad final y absoluta".<sup>28</sup>

Soberanía significa *-super omnia-* lo que está por encima de todo, y se extiende al poder que no reconoce otro poder; para otros vienen de la voz francesa *superamus*, como una potestad o imperio.

**Aurora Arnáiz Amigo**, "El Estado es la agrupación política, específica y territorial, de un pueblo con supremo poder jurídico para establecer el bien común".<sup>29</sup>

Por lo que respecta a éste concepto podemos definir a la **Soberanía** como la esencia del Poder Supremo del Estado, de donde emana su orden jurídico, el orden supremo que no deriva de ningún otro orden, sobre él no puede haber poder más supremo que él, y ordenamiento jurídico alguno, creado por él, por sus Instituciones, por su sociedad ó población ni por otro Estado, y que radica en su propio poder como Estado.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 297

<sup>27</sup> *Ibid.*, pág. 297

<sup>28</sup> Hinsley, Francis Harry, "El Concepto de Soberanía", Editorial Labor, S. A., Primera Edición. Serie Nueva Colección Labor. Traducción de Fernando Morera y Angel Alandi, Barcelona, 1972, pág. 29

<sup>29</sup> Arnáiz Amigo, Aurora, *op. cit. supra*, nota 3, pág. 127

#### **Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Es la facultad de crear el derecho, es el sistema jurídico de protección creado para defensa y supremacía totalitarista del Estado que ejerce dicha soberanía, internamente y externamente reglamentando, vigilando, imponiendo obligaciones, con actos que sólo el estado puede hacer, expidiendo leyes, manejando y organizando las fuerzas armadas, la acuñación de monedas, etcétera, con el fin de hacerse respetar ante todo ente que pretenda instaurarse sobre su supremacía. Y con respecto a sus Estados federados que son considerados como soberanos, ésta facultad sólo se limitara a la libertad de actuar de acuerdos con sus leyes e intereses nacionales, y el derecho de impedir que en el interior del país, en sus posesiones separadas de su territorio, en las aguas territoriales o en el espacio aéreo que lo cubre, intervenga un poder extraño al Estado al que pertenecen.

Por lo anteriormente referido considero necesario tener el conocimiento del origen a la Soberanía, su fundamento, su esencia, por ello lo que a continuación expondremos tendrá el fin de aclarar estas interrogantes.

#### **Sujeto de la Soberanía.**

Como previamente lo señalamos el Estado es el único sujeto portador de la facultad soberana que de él mismo emana, y por tal virtud ampliaremos más este concepto, que inicialmente parecería que tiene diversas acepciones.

**Víctor Flores Oléa**, afirma que, "el Estado, esto es, la comunidad como unidad política, es el único sujeto posible de la soberanía." Asimismo también que, "el Estado en cuanto sujeto de la soberanía esta constituido por una unidad de voluntad, de decisión y acción, a través de la cual se manifiesta el "querer" de la colectividad. La voluntad del Estado no es una voluntad personal, sino la unificación del Estado, de un sin número de voluntades personales; unificación condicionada y motivada por los peculiares fines del

Estado, como la ordenación normativa de la comunidad y el impulso de la cooperación social, por los miembros de la comunidad".<sup>30</sup>

### **Facultad soberana del Estado**

Una vez asentado lo anterior podemos entrar al estudio de la **Facultad Soberana del Estado**, que encierra grandes elementos que constituyen su esencia.

A criterio de **Pablo Ramella**, la Doctrina de la **Soberanía del pueblo** tiene una variante, la de considerar al *Estado como Soberano*. "Poder Soberano de un Estado - dice **Jellinek** - es, por tanto, aquél que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente". Ya no es el Pueblo en sí mismo el que tiene el poder de decisión, sino que el pueblo lo ha transferido a la entidad Estado, que es superior y está por encima del mismo pueblo. **Heller**, señala que "El poder del Estado es **soberano**, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La **Soberanía del Estado** significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio de poder de coacción física legítima, la "ultima ratio" de todo poder".<sup>31</sup>

En cuanto a la Soberanía del Estado, **Heller**, señala que: "... la soberanía, ... no puede localizarse en ninguno de los representantes estatales; es, por naturaleza, la expresión simbólica del acto de voluntad que constituye la instancia decisoria universal del derecho y del poder en un territorio determinado, y que es indisoluble en el derecho positivo".<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Flores Oléa, Victor, "Ensayo sobre la Soberanía del Estado". Editorial U.N.A.M., Primera Edición. Serie de Estudios 2. México, 1969. págs. 45 a 49

<sup>31</sup> Ramella, Pablo A., "La Estructura del Estado". Editorial Talleres Gráficos de Enrique L. Frigerio e Hijo, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1946. págs. 56 y 57

<sup>32</sup> Arnáiz Amigo, Aurora. op.cit. supra, nota 3, pág. 339

Andrés Serra Rojas,<sup>33</sup> refiere que “Este es el Estado: y su poder supremo de monopolio y coacción (el cual puede transmitirse de varias maneras y de acuerdo con sus propios supuestos) es la soberanía. El Proceso político se centra en torno a poseer esta soberanía; el proceso administrativo, en torno a su empleo ejecutivo. La lucha por la posesión de la soberanía es también una lucha por la legitimidad; los hombres procuran, sobre todo, estar en los justo o pensar que lo están”.

El fundamento de la soberanía, señala Andrés Serra Rojas,<sup>34</sup> hay que encontrarlo en la naturaleza social del hombre. La necesidad de un orden provisto de una fuerza que se pueda imponer a los demás, facilita el desarrollo de las comunidades y da al hombre el poder resultante de los beneficios de la vida social. Someternos a una organización política es beneficiarnos con el trabajo de los demás, su cultura y su experiencia. El ser aislado es indefenso, y fácil presa de las circunstancias.

Añadiendo que la soberanía, puede estimarse bajo los tres siguientes aspectos:<sup>35</sup>

- “1. *Carácter formal de la soberanía.* La soberanía es puramente formal, que expresa el carácter supremo e independiente del poder político.
2. *Soberanía y el poder del Estado.* De este concepto no puede decirse nada respecto al poder del Estado, ya que éste se ha entendido y la naturaleza de la soberanía no ha experimentado nunca cambio alguno.
3. *La soberanía es una característica, nota esencial del poder del Estado.* Pero un poder que dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, es decir la soberanía reside en el pueblo.

---

<sup>33</sup> Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, *supra*, nota 16, pág. 167

<sup>34</sup> *Ibid.*, pág. 423

<sup>35</sup> *Ibid.*, pág. 424

Así, también es preciso hacer relevante, que el pueblo, decide darse una organización jurídica y política creando el Derecho, así se autodetermina, es decir, se otorga una estructura que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución, y se autodetermina en una forma de gobierno, lo que obviamente excluye la injerencia de cualquier otro poder en lo externo y en lo interno.

Esta forma de gobierno la consigna, en el artículo 40, la propia Constitución, que dice: "Es la voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados Libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

En tal sentido, **Efraín Polo Bernal** refiere que, la soberanía del pueblo es única, indivisible, inalienable, indenegable, suprema y sometida al derecho.

Única, porque la soberanía es el carácter supremo de una potestad y por ello, esa potestad no puede pertenecer a dos o más sujetos. La unidad es el orden jurídico, como cualidad de un poder que no puede ser compartido.

Indivisible, porque el pueblo, único sujeto o titular de la soberanía, es una unidad indeseintegrable, que se determina por sí misma.

Inalienable, porque en ninguna forma el pueblo, titular de la soberanía, puede cederla, renunciar a ella o enajenarla.

Indelegable, porque aun cuando el pueblo encomienda su ejercicio al gobierno, los órganos de éste y los funcionarios no invisten su representación, sino que ejercitan su voluntad.

Suprema, porque no reconoce ni puede reconocer otro poder de mayor jerarquía.

Limitada al derecho, pues el pueblo al determinarse jurídicamente y obligarse a sí mismo, sin otro poder que pueda intervenir en la vida institucional que ha creado, es de la más alta jerarquía. Su voluntad es un cauce, por donde esa voluntad debe circular, de tal manera que la voluntad política está condicionada a la voluntad jurídica que determina la legitimidad y la validez de sus manifestaciones.<sup>36</sup>

Cabe hacer mención lo referido por **Serra Rojas**,<sup>37</sup> respecto a “Las limitaciones de la soberanía.

En un principio no hay un límite legal de la soberanía salvo aquellos casos en los que el propio Estado resuelve autolimitarse. En un Estado sólo su voluntad, expresada a través de la ley, es la única que impera sobre las demás voluntades, cualquiera que sean los intereses que ella amparen.

Respecto al tema en estudio, **Victor Flores Oléa**, señala en cuanto a la “Soberanía y Poder”, lo siguiente:<sup>38</sup>

“El Estado es soberano, quiere decir, la organización estatal es, para su territorio, una organización supra ordenada, a la que le es immanente la capacidad de autodeterminarse y que, por definición, tiene tanto la capacidad jurídica como real de imponerse a cualquier otra organización o voluntad individual existente dentro de los límites de su competencia; a la organización estatal soberana le corresponde, en consecuencia, y tiene poder para ello, “decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo, y, además, imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio”.

<sup>36</sup> Polo Hernal. Efraín, op. cit. supra, nota 25, págs. 305 y 306

<sup>37</sup> Serra Rojas, Andrés, op. cit. supra, nota 16, págs. 434 y 435

<sup>38</sup> Flores Oléa, Victor, op. cit. supra, nota 30, pág. 91 a 99

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Afirma, consecuentemente, que "al Estado, por ser soberano, le pertenece el poder político. No es, en consecuencia, soberano el Estado, por poseer el poder más fuerte. Ni la soberanía es el poder del Estado. Sino todo lo contrario, por ser soberano, esto es, supremo y universal en un territorio, el Estado tiene el poder político, necesariamente, para hacer posible el cumplimiento de sus funciones. No todo orden de poder es soberano; en cambio, el orden de poder estatal, soberano, es el titular del poder político".

"La soberanía del Estado es la cualidad de supremacía y universalidad que, para su territorio, le corresponde a la organización total; el poder público, en cambio, le pertenece al Estado soberano como necesaria condición para el cumplimiento de sus funciones. El Estado, como existencia en actividad, es decir, actualizándose en sus funciones, precisa de la capacidad tanto real como jurídica de imponer sus mandatos a todas las voluntades que se encuentran dentro de los límites de su competencia. Al Estado, en cuanto organización soberana, le corresponde el poder público como medio necesario para el efectivo cumplimiento de sus funciones".

En nuestro criterio, consideramos a la Soberanía del Estado, como la facultad que le ha sido delegada por parte del pueblo, en razón de la representación, con el fin de ser protegidos, tanto externa como internamente, en sus personas, patrimonio y libertad, respetándosele su espacio fáctico existencial del Estado, en sentido genérico, su territorio y población, y en consecuencia, sobre esa facultad delegada, no existe nadie más, es suprema, es la cúspide de toda la estructura del Estado. Dentro de nuestra materia podemos señalar, que en ella se encuentra situada y conformado el más alto ordenamiento jurídico que rige la vida colectiva de la sociedad, de tal carácter que es perteneciente del Derecho Público, y deberá hacerse palpable en todo momento.

## **2.- El Gobernado ante el Estado.**

Considero necesario, antes de entrar al estudio concreto de éste tema, señalar lo referente a nuestro marco jurídico Constitucional.

El Derecho Constitucional, señala **García Máynez**, "es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre si y con los particulares". Así como, **Linares Quintanar**, refiere que es: "la garantía de la libertad y la dignidad del individuo, mediante la sumisión o acomodación del Estado, íntegramente considerado, al derecho. Esta rama jurídica, que como disciplina autónoma y sistemática nació entrando el siglo XIX, al particularizarse, como sustento del orden jurídico total de cada Estado, las llamadas "leyes fundamentales", esto es, un cuerpo de preceptos generalmente escritos en un solo texto, que determinan quiénes y con qué procedimiento se decide lo que es derecho en lo fundamental y en los casos particulares, es decir, qué normas de conducta y en qué condiciones debe valer, aplicarse o ejecutarse esos preceptos jurídicos."<sup>19</sup>

Y continúa añadiendo, **Polo Bernal**, estas normas, supuesto de la existencia de un orden jurídico, forman parte integrante del Derecho Constitucional que mira a las competencias supremas de un Estado y a lo que constituyen los derechos públicos de los individuos y de los grupos sociales. A ellas se subordinan las demás disposiciones legales; y, en un régimen federal, como el nuestro, las normas constitucionales ostentan, a su vez, categoría prevalente sobre las locales.

---

<sup>19</sup> Polo Bernal. *Efnin. op.cit. supra*, nota 25, págs. 1 a 3

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Conceptualizando, el término Constitución, podremos citar, “la corriente espiritual, quien postula el concepto racional normativo, concibe a la Constitución como un complejo normativo en el que el pueblo de una sola vez y de manera total, exhaustiva y sistemática establece los derechos del hombre, las funciones fundamentales del Estado, las autoridades que lo integran, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos y con los particulares. Para tal concepto racional de la Constitución, lo fundamental de ésta es: a) la garantía de los derechos individuales, y b) la división de poderes que sirve a la efectividad de aquéllos. Otros agregan: la soberanía.”<sup>40</sup>

El concepto sociológico de la Constitución, la define, **Polo Bernal** como “la manera de existir de una sociedad, de un pueblo o de una nación”. Así, el problema constitucional radica en un equilibrio entre el ser y el deber ser. Como refiere **Sismondí**,<sup>41</sup> “Una Constitución, cuando es racional, debe de garantizar lo que existe, pero al mismo tiempo debe de preparar los medios de reformarse hasta llegar a ser lo que debe ser”.

Ahora bien, existen las concepciones modernas sobre la Constitución, de las que se desprenden características generales de estos conceptos, invocándolas de la siguiente forma:<sup>42</sup> “a) Pretenden no sólo averiguar cuál es la función de la Constitución, sino penetrar su esencia. b) Al divorcio entre lo fáctico y lo normativo, tratan de lograr una concepción totalizadora. c) Afirman el carácter dinámico de la Constitución. d) Al criterio de que la Constitución no es sólo una normatividad pura, oponen la de que es un modo de existencia política, un derecho para la política, una normatividad con contenido político o una transposición de determinadas convicciones políticas. Para **García Pelayo**, la Constitución es la expresión de un poder normativo, que, a la vez, es creadora de ese orden, en ella se despersonaliza la soberanía y se afirma la Constitución como suprema, puesto que todos los poderes de mando emanan de ella. *Es la norma de norma, de manera que toda norma jurídica sólo es válida en cuanto derive de la Constitución, lo que viene a*

<sup>40</sup> *Ibid.*, págs. 3 y 4

<sup>41</sup> *Ibid.*, pág. 5

<sup>42</sup> *Ibid.*, págs. 6 y 10

*significar la eliminación del poder arbitrario, así como la negación de la autoridad que va más allá de lo establecido por ella.* Por tanto, es Ley Fundamental si reúne estas dos condiciones: la garantía a los derechos individuales y la división de poderes que sirve a la efectividad de aquéllos. Concepto que consagra el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

En virtud de lo anterior debemos considerar que la Constitución no es un ordenamiento jurídico-político inmutable y estático que permanezca fijo sobre la ola fluyente de fenómenos sociales, sino es un modo de existencia política, siempre renovadora y actual.

Y concluye, **Efraín Polo Bernal**, este tema, diciendo que “la palabra Constitución tiene, entre otras, dos grandes acepciones: Constitución es sinónimo de realidad y quiere decir, la manera concreta de ser una realidad y quiere decir, la manera concreta de ser una realidad estatal, en este sentido se ha dicho que “todo Estado tiene o es una Constitución”. Pero, además, Constitución significa, y esto es necesario enfatizar, la “norma jurídica fundamental” y comprende los principios básicos de la estructura del Estado y de las relaciones de éste con los particulares, y que son base de lo que se conoce con el nombre de Estado de Derecho, cuya esencia radica en la subordinación del poder al derecho. Un Estado construido sobre los cimientos del respeto a los derechos del hombre y la división de poderes”.

Ahora bien, referámonos a definir que es la Supremacía de la Constitución. El autor anteriormente citado **Polo Bernal**,<sup>43</sup> refiere que, si en un “Estado como el nuestro en el cual tuviesen la misma jerarquía y, por ende, el mismo valor todas las normas jurídicas: Constitución, leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, etc. Ello, además de ser utópico, de existir, traería una terrible anarquía, inseguridad y confusión, mayor si se tratara de un Estado Federal, en el que hay ordenamientos de carácter federal y ordenamientos de carácter local. Surge así la imperiosa necesidad de la gradación jerárquica de las distintas

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, págs. 13 a 19

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

especies de normas que imponen el principio de unificación y de fundamentación del orden jurídico nacional”.

Y en razón de su opinión cita que, “Kelsen, decía: El derecho regula la propia creación, en cuanto a que una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. La unidad de todo sistema jurídico lo constituye, precisamente, la norma de más alto grado, la norma básica o fundamental, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico de una nación y la legitimidad de la autoridad. Es la Constitución, el nivel más alto dentro del derecho nacional, la premisa mayor de la que las demás normas jurídicas derivan sus conclusiones, fuente en donde las leyes corren por su cauce. Ley fundamental cuya función consiste en regular los órganos y el procedimiento de la propia producción jurídica general, la cual, en algunos casos, prescribe su contenido”.

Por lo que “es la Constitución el fundamento del orden jurídico, y, por lo mismo, es fundamental: a) como garantía de perdurabilidad de dicho orden, b) como expresión de contenido esencial para que el orden pueda existir; y, c) como principio, base o fundamento en el que se descansan los restantes ordenamientos jurídicos”.

Hay que hacer notar que no importa la forma existencial de la Constitución Estatal, es decir, que fuere escrita o consuetudinaria, sino lo trascendental es, siendo un principio universal admitido, que la Constitución es ley suprema del Estado, y en tal virtud condiciona a todas las autoridades bajo su régimen, las cuales no tienen más poderes que los que les autoriza la propia Constitución.

De todo lo anteriormente citado, doctrinalmente, se concluye que la figura de la Supremacía Constitucional dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionando la doctrina con el cuerpo normativo vigente que la contiene en nuestro país, se encuentra plasmada en el artículo 133, en el cual se prevé que ella es la ley suprema de todo el país. Y ante tal plasmamiento relevante, cabe hacer mención, que dicha

#### Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

supremacía encuentra tres diversos significados, que a saber son: primero, que debe perdurar y ser respetada como tal, en todo tiempo y bajo todas las circunstancias, y cada una de sus disposiciones, hasta que sea reformada en la forma que ella señala (artículo 135) o ininterrumpida por la revolución (artículo 136); en segundo lugar, que todos están obligados a respetarla (así el artículo 128 ordena que todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanan); obligación que es para todo poder o funcionario estatal o federal; en tercer término, significa que ningún acto o ley deben ser contrarios a ella, como lo ordenan los artículos 40 y 41. Al ser una consagración plena y manifiesta en nuestra Carta Magna, solamente toma el lugar que le pertenece, es decir, ser la base, cimentación, o punto de partida de los demás cuerpos normativos que rigen el país, tomando en consideración la pirámide kelseniana de las normas jurídicas.

#### **El control de la Constitucionalidad.**

La Constitución ha sido considerada por muchos de los tratadistas de la materia, como la fuente de donde brotan todos los principios fundamentales del hombre, mismos que deben de ser respetados por el Estado y las autoridades que lo representan, en tal virtud, y con ese objetivo se da la existencia de los medios de control Constitucional, cuyo final objetivo es el de preservar la observancia y cumplimiento de nuestra Carta Magna; y al respecto **Efraín Polo Bernal**,<sup>44</sup> señala que "la defensa constitucional es la protección integrada por instrumentos jurídicos y procesales establecidos tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr su desarrollo de acuerdo a la realidad político social y a los preceptos programáticos de la propia Carta Fundamental".

Y concluye desglosando que, "en el concepto dado se contempla, por una parte, la protección propia de la Constitución con el propósito de limitar los poderes públicos y

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 22

lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la misma y, por otra parte, las garantías constitucionales, entendidas no como los derechos público fundamentales que ella consagra, sino como los medios jurídicos, predominantemente, de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder a pesar de los instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica incorporados a los documentos constitucionales y que integran la primera parte de la defensa constitucional, en lo que hemos denominado la protección de la Constitución”.

#### **Los Derechos Individuales:**

Los derechos individuales son considerados como los principios, algunas veces originarios y otras veces derivados, pertenecientes al hombre, y que son respetados e intocables por parte del Estado, en razón de su reconocimiento o renuncia.

De acuerdo a nuestra anterior concepción citaremos, algunas consideraciones que doctrinarios al respecto hacen, primeramente, recordemos a Hegel, quien señala “el hombre, en sí, sólo tiene necesidades particulares, es sólo hasta que integra dialécticamente el Estado, cuando, al devenir las condiciones generales, el hombre se libera: es, al ser miembro del Estado, cuando el hombre empieza a valer como individuo y a tener, por ende, derechos, fundación de la dialéctica social, inexplicable en el individuo aislado. Por el mismo camino se va Gerber, “los hombres, en sí, no tienen derechos que se pudieran reputar originarios y autónomos. Sólo hasta que el individuo pertenece al Estado y está sujeto a su potestad, recibe del Estado sus Derechos Cíviles y Políticos como un auténtico reflejo del poder y el Derecho del Estado, en cuanto éste, soberano, se autolimita constitucionalmente. Laband opina de modo semejante: los ciudadanos son el objeto del derecho de mando que le corresponde al Estado; entonces, los Derechos individuales, que empiezan a ser llamados en la Teoría Alemana “Derechos Públicos Subjetivos”, no son otra cosa que las autolimitaciones que el propio Estado pone a la actividad de sus funcionarios;

en consecuencia, no son los derechos individuales los que limitan la autoridad del estado, por el contrario, el Estado es el que, al limitar sus funciones en el derecho, determina y condiciona los derechos individuales”.<sup>45</sup>

Es por lo anterior, por lo que **López Portillo**<sup>46</sup> refiere: “Si los derechos individuales corresponden al hombre en razón de su esencia, son invariables, imprescriptibles y jamás el Estado podrá invadirlos. Si los derechos individuales son reflejo o consecuencia de la autolimitación estatal, como es el Estado quien a sí mismo se autolimita, podría en un momento determinado, cambiar, limitar o desconocer el contenidos de los Derechos individuales”.

Y continúa agregando el citado doctrinario, “el supuesto del derecho subjetivo es, pues el orden jurídico, cuyo titular es el Estado Soberano, el cual, al autolimitarse, da lugar al propio orden jurídico. De este modo, los llamados Derechos Públicos Subjetivos, devienen de la circunstancia de que el Derecho implica relación entre sujetos: el Estado tiene derechos sobre sus súbditos, con lo que se plantea una relación jurídica de donde se desprende que, también, los súbditos tienen derecho sobre el Estado”.

Aunando las consideraciones anteriores, hace referencia **López Portillo**, a lo expuesto por **Jellinek**, en el sentido de que “el derecho del Estado, está condicionado por la existencia de sus súbditos como sujetos con personalidad, lo que determina existencia de deberes y derechos recíprocos que, ni son auténticos, ni destruyen la soberanía del estado, porque están determinados por la capacidad de éste de autolimitarse. Por la autolimitación se admiten los Derechos Públicos Subjetivos. Para Kelsen, “el llamado Derecho Subjetivo no es algo distinto del Derecho Objetivo, sino este mismo, mirado desde un especial punto de vista. Por la expresión “derecho objetivo”, debe entenderse, en primer término, el deber jurídico, es decir, la norma jurídica en relación con un hombre determinado, en tanto que le

---

<sup>45</sup> López Portillo y Pacheco José, “Génesis y Teoría General del Estado Moderno”, Editorial Dirección de Publicaciones I.E.P.E.S. - P.R.L., Tercera Edición México, D.F., Coyoacán, 1976, págs. 544 a 560, 565 y 567

<sup>46</sup> *Idem*.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

obliga a aquella conducta cuya oposición contradictoria constituye la condición del acto coactivo (pena o ejecución forzada) establecido en la norma". El contenido íntegro del Derecho Subjetivo se ha metamorfeado en conducta del Estado; en facultad para castigar al infractor del deber. Es ya la esencia del formalismo, con las siguientes consecuencias respecto de los derechos individuales. Los derechos individuales carecen de contenido, pues lo que tienen de derecho es la forma, y ésta se reduce: 1°.- A la coacción del Estado, si se da el supuesto de una conducta contraria a la prevenida en la norma; 2°.- A que el hombre produzca o logre la creación del orden jurídico, por prevención de la norma que lo faculta para ello. Cuando la conducta humana no es, de modo alguno, contenido del Derecho, el hombre está "libre del Estado"

En México, el Licenciado **Oscar Morineau** define el Derecho Subjetivo como "la autorización de la conducta otorgada a un sujeto por la norma ... fundida o unida a la facultad de exigir el deber correlativo. El Derecho Subjetivo no es la conducta facultada, sino el facultamiento".<sup>47</sup>

Así es como, los derechos individuales le corresponden al hombre en razón de su naturaleza y son anteriores al Estado. El Estado tan sólo los reconoce y garantiza. Los derechos del individuo son un reflejo del Derecho del estado, pues sólo el hombre, organizado políticamente, puede gozar de ellos. El Derecho individual, como derecho subjetivo, tiene como esencia el interés al bien objetivo de la sociedad. El derecho, simplemente, reconoce ese interés y lo garantiza.

Y concretizando, **José López Portillo y Pacheco**, señala que, "Derecho Subjetivo es la capacidad y posibilidad que tiene el sujeto de alcanzar sus fines particulares, en la medida que puedan ser elevados a norma general de conservación, de asociación, de perpetuación, o de mejoramiento y, en esa medida, la norma autoriza su conducta o lo faculta para exigir el deber correlativo. Los derechos individuales son como todos los

---

<sup>47</sup> *Idem*.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

derechos en razón de sus fines: autorizan conducta y facultan a exigir la ajena: la del Gobierno.”<sup>48</sup>

**Andrés Serra Rojas**, señala al respecto, que “El hombre frente al poder del Estado: al constituirse el poder, el hombre queda desamparado a merced de la voluntad de los gobernantes. A partir de ese momento el hombre habrá de preguntarse repetidamente: ¿Quién custodia a los custodios?”.<sup>49</sup>

Ante la anterior interrogante, el citado jurista continúa diciendo, “las formas políticas primitivas enseñan cómo se ejerció ese poder en forma violenta y despiadada en contra del hombre. Este fue bestia de carga, esclavo, siervo, siempre en una constante *capitis diminutio*”.

Teniendo como conclusión, su conceptualización, como él lo llama, “más desarrollado del poder del Estado en que la validez normativa aparece como poder del Estado. “El estado llamado poder del Estado no es si no el Derecho del Estado, desde el momento en que el objeto de una teoría jurídica solo puede ser el Derecho; una simple etiqueta gramatical que ha hecho variar totalmente su contenido.”<sup>50</sup>

En razón de todas las consideraciones anteriormente vertidas, es menester hacer el señalamiento, como criterio personal, que siendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual contiene el enjambre de garantías individuales válido en nuestro país, debe ser impuesto por medio de la facultad Soberana del Estado, emergida del pueblo y que en él se ha depositado con el fin de encontrar la plena armonía y paz social, el deber de respeto completo de este ramo de derechos de los gobernados por todo ente gubernamental que pueda ser señalado como autoridad responsable de acuerdo a las Ley Reglamentaria de los Artículo 103 y 107 de la Carta Magna, cuna de los medios de control,

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Serra Rojas, Andrés, *op.cit.*, *supra*, nota 16, pág. 309

<sup>50</sup> *Idem*

***Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada***

valga la redundancia, constitucional, respeto que emanado del Estado debe de comprender bajo este término a sus autoridades y funcionarios que lo representan, a fin de mantener el orden y paz social entre gobernados y gobernantes, estableciéndose de esta forma un Estado de Derecho, que toda Nación tiene como fin, con la validez de las Garantías Individuales.

**3.- Las Garantías individuales en Materia Procesal Penal.**

A efecto de tener ampliado el panorama que pretendemos enfocar, tocaremos este tema de manera referencial, con el fin de tener las bases constitucionales del procedimiento penal en las que nos basaremos para invocar la inconstitucionalidad que se estudiará en su momento oportuno dentro del presente trabajo.

Las Garantías consagradas por nuestra Carta Fundamental, en donde se encuentran las Penales, serán del gozó de todo individuo que se encuentre en los Estados Unidos Mexicanos, las cuales no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la Constitución establece, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 1 de la Carta Magna.

Para tener una mayor comprensión, extraeremos cada una de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal de los preceptos que las contienen, haciendo primeramente la transcripción textual de los artículos constitucionales relativos a las mismas.

**Artículo 13**

Análisis de la garantías previstas en este precepto:

***“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.”***

**Leyes Privativas:**

Son disposiciones que por particulares, concretas y limitadas en su vigencia, de ley sólo tienen el nombre. Se expiden para uno o varios supuestos limitativamente determinados, se aplican a uno o varios sujetos también limitativamente determinados, y se extinguen una vez aplicadas a dichos casos y sujetos. Son, en rigor, decretos, no leyes.<sup>51</sup>

*“...Leyes Privativas. Es carácter constante de la leyes que sean de aplicación general y abstracta ( es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas). Una ley que carece de esos caracteres va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Estas leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas especies, y*

---

<sup>51</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, “Garantías Constitucionales en Materia Penal”, Editado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 1979, pág. 73

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

*contra la aplicación de las leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 Constitucional.*”

Sexta Epoca, Primera parte.

Vol. XLV, pág. 183. A.R. 5878/59. Fincas e Inmuebles, S.A.  
Unanimidad de 15 votos.

Vol. XLV, pág. 182. A.R. 3850/59. Inmobiliaria Málaga, S.A.  
Unanimidad de 15 votos.

Vol. XLV, pág. 275. A.R. 7392/59. Seguros Atlas, S.A. Mayoría de 15 votos.

Vol. XLVI, pág. 274. A.R. 2882/58. Aseguradora Anáhuac, S.A.,  
Mayoría de 14 votos.

Vol. XCIII, pág. 40. A.R. 2916/52. Octavio Valencia Noris.  
Unanimidad de 17 votos.

(Visible a páginas 58 y 59 del “Apéndice de 1917 a 1965.”)<sup>52</sup>

**Tribunales Especiales:**

La especialidad puede referirse a la existencia y composición de los tribunales mismos, al número y calidad de las personas a ellos sujetas, a los hechos de los que conozcan o al intervalo dentro del cual deberán funcionar.

El problema de las leyes privativas y de los tribunales especiales -armas políticas contra los adversarios en las luchas internas del siglo XIX- no existe ya. La importancia de unas y otros es, pues, meramente histórica, conservándose la prohibición como reiteración de la garantía de audiencia prevista en el párrafo segundo del artículo 14 y advertencia contra la tentación de recaer en los mismos vicios.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Cita de Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, *op. cit. supra* pág. 74

<sup>53</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 51, págs. 74 y 75

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

*“Tribunales Especiales. Por tribunales especiales, se entiende lo que son creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia.”*

Tesis visible en el tomo CXL, pág. 431, Quinta Época, bajo el rubro: Amparo en materia del trabajo 2155/49, Carbajal Rayón, Manuel, 17 de enero de 1952, unanimidad de 4 votos.<sup>54</sup>

*“Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.”*

Esta garantía se refiere a la prohibición de poseer una investidura que constitucionalmente se le otorga únicamente a algunos funcionarios en ejercicio de sus funciones con el fin de que puedan desarrollar las mismas durante su gestión con libertad y sin presión alguna, aún y cuando la falta cometida sea de carácter penal, y que bajo ésta Ley deba sujetarse a proceso, fuera de estos casos no es permitido por la Constitución, bajo ningún pretexto o fundamento, sobre ninguna persona o corporación; asimismo prohíbe cualquier tipo de beneficio de trato especial que no este previamente fijado en la Ley o sea concedido por el Estado como una recompensa por la prestación de algún servicio público hecho por un gobernado.

*“Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”*

---

<sup>54</sup> Cita de Mancilla Ovando, José Alberto, “Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal”, Estudio Constitucional del Proceso Penal, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Tercera Edición, México, 1990, pág. 49.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

La naturaleza del ejército requiere de ordenamientos específicos que aseguren, por parte de sus miembros, el cumplimiento eficaz de los deberes que les son propios. Ello explica la sobrevivencia del excepcional “fuero de guerra”, integrado por tribunales más simples en su proceder y leyes con sanciones agravadas.<sup>55</sup>

Asimismo consagra la garantía para aquél gobernado que no pertenezca a la milicia, y se vea involucrado en una falta de éste carácter, para ser juzgado por las leyes civiles, refiriéndonos bajo este último concepto a aquellas que no son militares, pero deberá ser la Ley Punitiva aplicable al caso concreto.

**Artículo 14**

Análisis de la garantías previstas en este precepto:

***“A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”***

El principio de irretroactividad de la Ley consignado en este precepto y que respalda nuestra Carta Magna, significa que ninguna autoridad podrá examinar la licitud o ilicitud de actos pretéritos o que afecten derechos adquiridos, consumados por un gobernado. Los derechos adquiridos son aquellos actos de autoridad que aplican una ley e introducen un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de la persona.

“Retroactividad es la institución a merced de la cual la Ley va a tener efectos para actos que surgieron con anterioridad a su entrada en vigor. La Ley, sin excepción, se crea para regir en el futuro, nunca para el pasado, y cuando se aplica para regular hechos pretéritos consumados, la misma será retroactiva, situación prohibida por la Constitución”.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, op. cit., supra, nota 51, pag. 77

<sup>56</sup> Castillo del Valle, Alberro del, “Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal”, Editorial Duero, S. A. de C. V., Primera Edición, México, 1992, págs. 37 y 38

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado este concepto en la siguiente ejecutoria:<sup>57</sup>

**"RETROACTIVIDAD DE LA LEY.** *La ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado.* " <sup>58</sup>

Concluyendo, por el Principio de Irretroactividad de leyes, que los efectos jurídicos de la norma jurídica se darán en el tiempo posterior al inicio de su vigencia, y sólo podrán incidir en el pasado cuando no cause perjuicios a los derechos adquiridos por los Ciudadanos de la República.<sup>59</sup>

En materia penal la irretroactividad de la ley en perjuicio, no conoce casos de excepción. Lo no legislado constituye la libertad de los particulares, de tal forma que no constituye delito las conductas realizadas hasta antes de la vigencia de la Ley Penal, de lo contrario, sería un exceso del poder legislador ordinario, contrario al principio de legalidad que prohíbe la retroactividad de la disposición legal a hechos ocurridos en el pasado. Pero, si la ley posterior establece una sanción menor o le quita la calidad de delito a la conducta imputada a un gobernado, considerado ya sea como presunto responsable o responsable penalmente, se debe aplicar retroactivamente la nueva norma jurídica, juzgársele benévolutamente, imponérsele la pena más benigna, o dejársele en libertad si la conducta ha dejado de ser delito,- en este caso si podrá aplicarse la retroactividad (en sentido positivo).<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op.cit.*, 30PDB, nota 54, pág. 43

<sup>58</sup> Criterio visible en el Tomo LXXI, pág. 980, Quinta Época, rubro: Ojeda Patino, Sabás y coag. Cita de Mancilla Ovando, José Alberto, *op.cit.*, 30PDB, nota 54, pág. 43

<sup>59</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op.cit.*, *supra*, nota 54, pág. 44

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 46

“Cuando con la aplicación de una ley posterior a un caso anterior, se vea beneficiada una persona, pero siempre que con esa aplicación legal no se dañen o alteren los derechos de otro gobernado -si es dable aplicar retroactivamente la ley. Así, si con la Ley nueva se puede poner en libertad al sujeto sentenciado por la comisión de algún delito, se le beneficiará indefectiblemente, sin importar que la resolución judicial que se haya emitido en el juicio que se substanció por virtud de la conducta delictiva, lo condene a un mayor número de años en prisión”.<sup>61</sup>

*“Nadie podrá ser privado de la vida, 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.”*

Este párrafo concentra la llamada “Garantía de Audiencia”, de la que derivan fundamentalmente cuatro subgarantías, según **Castillo del Valle**,<sup>62</sup> que a decir son:

- a) La preexistencia de un juicio, ya sea éste judicial o administrativo, según criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al acto de privación.
- b) Que ese juicio, propiamente dicho o procedimiento administrativo, pero con características de juicio, se substancie ante los tribunales previamente establecidos.
- c) En tal juicio deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento, -las existentes y exactamente aplicables al caso concreto.
- d) En ese juicio son aplicables tan sólo las leyes dictadas con anterioridad al hecho, reiterándose en cierta medida la garantía de irretroactividad de la ley.

Asimismo existen algunas hipótesis de excepción a la Garantía de Audiencia,<sup>63</sup> y son:

<sup>61</sup> Castillo del Valle. Alberto del. *op. cit. supra*, nota 56, pág. 39

<sup>62</sup> *Ibid.*, págs. 31 y 32

<sup>63</sup> *Ibid.*, pág. 34

Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

1. Tratándose de Orden de Aprehensión, no se tiene la obligación por parte del Juez de oír previamente al indiciado (artículo 16 Constitucional).
2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en Jurisprudencia ha sustentado que la exigibilidad del pago de impuestos no implica el oír previamente al gobernado.
3. El Congreso de la Unión o los Congresos Locales no están obligados a oír a los gobernados previamente a la expedición de una Ley, cuyas conductas sean reguladas por esa Ley.
4. Tratándose de decretos expropiatorios, no es preciso ni imperioso seguir un juicio en el que se oiga en defensa al afectado, antes de su expedición.

*“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”*

Hay aplicación *analógica* cuando la pena prevista para una conducta ya tipificada se impone a otra conducta semejante no tipificada. La semejanza entre ambas conductas radica en la naturaleza y la diferencia en los accidentes. En cuanto a la aplicación por *mayoría de razón*, consiste en imponer la pena prevista para una conducta ya tipificada, a otra conducta no tipificada considerada más grave.<sup>64</sup>

La aplicación analógica, “es aquella aplicación que se hace de una Ley, atendiendo a aspectos semejantes entre un hecho y una norma, pero que en realidad, el caso concreto no se adecua cabalmente al supuesto normativo, sino que, como ya se dijo, guarda cierta semejanza con el mismo. Con esta clase de aplicación de la ley penal, el gobernado será afectado y no habrá seguridad jurídica para él al momento de emitir la resolución definitiva (sentencia) en el proceso penal correspondiente, ya que se dejará al arbitrio del juez la

---

<sup>64</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, *op. cit.*, supra, nota 51, pág. 23

forma de sancionar o penalizar a una persona, independientemente de que el hecho juzgado no se encuadre cabalmente al tipo penal prescrito”.<sup>65</sup>

La aplicación por mayoría de razón, “es una interpretación y aplicación legal que se hace considerando aspectos propios del delincuente o del hecho delictivo en concreto y que en el ánimo del juzgado hacen suponer la necesidad de imponer una pena mayor al procesado o acusado penalmente, por el grado de afectación ocasionado, sin que se encuadre esta conducta en lo sostenido por la Ley Penal aplicable”.<sup>66</sup>

Asimismo, por la esencia de este precepto, cabe mencionar que únicamente se podrá imponer una pena a una persona, cuando haya cometido un ilícito sancionado por las Leyes Penales aplicables al caso, dándole vida así al principio de “No hay pena sin delito; no hay delito si ley”; por lo que es necesaria la existencia de una Ley en la que se prevea una conducta como delito para que la misma pueda ser sancionada con una pena.

#### Artículo 15

Análisis de la garantías previstas en este precepto:

*“No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.”*

Este precepto consagra garantías para todos aquellos reos que por algún acto de autoridad pretendan ser extraditados del país, pero únicamente para aquellos que hayan cometido delitos políticos, o que en el país receptor hayan tenido la calidad de esclavos,

<sup>65</sup> Castillo del Valle, Alberto del. *op. cit. supra*, tomo 56, pag. 39

<sup>66</sup> *Ibid.*, pag. 40

ésta última garantía es respaldada por el artículo 2 de nuestra Carta Fundamental Mexicana, o en los casos en que se atente contra las garantías del hombre y del ciudadano.

**Artículo 16**

Análisis de las garantías previstas en éste precepto.

***“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”***

Las formalidades que debe revestir todo acto de autoridad son: a) Que se consagre por escrito; b) Que sea dictado por autoridad competente, y c) Que se funde y motive.<sup>67</sup>

Este artículo exige para todo acto de molestia a las personas, un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado. El requisito de *competencia* se reduce a que la autoridad actúa dentro de las facultades, limitadas por expresas, que la Constitución le otorga dentro del régimen federal y de acuerdo con el principio de la División de Poderes, con sus respectivas excepciones. La *fundamentación* radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual pueda quedar comprendido el caso concreto. La operación de encuadrar este caso concreto a aquellas disposiciones abstractas, es precisamente lo que la Constitución denomina *motivación*.<sup>68</sup>

Para los jueces la motivación consiste en la obligación de exponer en autos y sentencias las razones que, a su entender, hacen aplicable o inaplicable el derecho a cada uno de los puntos que deben decidir.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pág. 56

<sup>68</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 51, pág. 11

<sup>69</sup> *Ibid.*, págs. 11 y 12

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Infiriéndose que para una motivación correcta son necesarias.

- a) Exposición objetiva de hechos, con sus pruebas, y del derecho probablemente aplicable (“resultando”).
- b) Argumentación lógica, con valoración de pruebas, para declarar aplicable o inaplicable el derecho a los hechos (“considerando”).
- c) Conclusiones congruentes y que comprendan todos los puntos a decidir (“resolutivos”).

Si el Juez omite la exposición de hechos, pruebas o derecho, altera los hechos, omite la argumentación, argumenta ilógicamente o llega a conclusiones incorrectas, resolverá inmotivadamente.<sup>70</sup>

*“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”*

“La Orden de Aprehensión es un acto de autoridad, en virtud del cual el juez competente determina la detención de un gobernado, al iniciarse el proceso o durante él; sin que exista sentencia que declare que se ha cometido el delito y que el inculpado es responsable penalmente.

Para dictarla, debe de probarse en la averiguación previa que la conducta está tipificada como delito en la ley, mereciendo pena corporal y que existan pruebas que hagan probable la responsabilidad penal del inculpado.

Ahora bien, en virtud de la orden de aprehensión, se va a privar de la libertad al ciudadano de la República contra quien se gire; pero será aquella una prisión provisional, que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional y cuya duración se inicia desde el

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, pág. 12

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

momento en que practicó la detención, hasta que se resuelve la situación jurídica del indiciado. Si la privación de la libertad perdura después de decretada la formal prisión, el acto de autoridad que le da origen ya no será la orden de aprehensión, pues la prisión preventiva dimana de la formal prisión dictada.”<sup>71</sup>

Toda Orden de Aprehensión debe de reunir requisitos que son indispensables para poder ejecutarla, a saber:

1. Que sea emitida por autoridad judicial competente;
2. Que preceda denuncia, acusación o querrela;
3. Que la imputación verse sobre un hecho determinado que la Ley señale como delito;
4. Que el delito imputado esté sancionado por la Ley cuando menos con pena privativa de libertad;
5. Que existan datos en autos que acrediten los elementos que integran el tipo penal; y
6. Que existan datos en autos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.

***“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.”***

Esta garantía le da la seguridad a todo indiciado que ha sido detenido fundadamente por existir una Orden de Aprehensión girada en su contra por autoridad judicial competente, que inmediatamente que se ejecute sea puesta a disposición de ésta, a efecto de evitar todo tipo de prolongación de detención ilícita y que sea incomunicado.

***“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.”***

---

<sup>71</sup> Muncilla Ovando, José Alberto, op. cit., 2009a, nota 54, pag. 111

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Tratándose se delito flagrante, se encuentra una restricción a las garantías constitucionales, pues no es necesario que medie la Orden de Aprehesión, por lo que el indiciado podrá ser detenido por cualquier persona, debiendo respetársele el derecho a ser puesto inmediatamente a disposición de la autoridad competente.

*“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”*

Este es otro de los casos de restricción de garantías, pero de igual forma una vez reunidos los requisitos y plazos legales que refiere la Constitución para el Ministerio Público consigne ante la autoridad competente, éste debe ser puesto a disposición de un Juez.

*“En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”*

Esta garantía consagra el derecho a todo consignado de que en caso de no encontrarse justificada conforme a los requisitos y procedimientos legales su detención, deberá de ponerse inmediatamente en libertad, independientemente de que posteriormente se gire una Orden de Aprehesión en su contra, pues en la práctica es tan real el respeto a esta garantía, que al no llenarse los requerimientos en mención el sujeto acusado de la comisión de un delito es dejado en libertad bajo las reservas de Ley.

*“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la*

***ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”***

Esta garantía otorga la seguridad jurídica a toda persona que es acusado de un delito de que si en la secuela de Averiguación Previa el Ministerio Público no acredita los elementos del Tipo Penal y la probable responsabilidad penal del acusado, relacionados con el delito que se le imputa, dentro de 48 horas contadas a partir de su detención, tendrá que dejársele en libertad, no pudiendo excederse de ese tiempo tal funcionario sin incurrir en responsabilidad como servidor público.

***“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.”***

Este párrafo salvaguarda el derecho de todo ciudadano, a que si es objeto de molestia de un cateo ordenado por autoridad judicial, únicamente tratándose de presunciones de comisión de delitos, tengan que llenarse los requisitos que el mismo precepto indica, los cuales ordenan que la orden sea clara, concreta y especifique sobre lo que tendrá que versar tal diligencia.

***“Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal***

***no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.”***

***“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.”***

Este es un derecho que recientemente fue elevado por el Legislador a rango de Garantía Constitucional el “derecho a la privacidad”, relativa a las comunicaciones privadas. Garantía que igualmente podrá ser restringida cuando se presuma la existencia de un delito, pudiendo ser intervenidas de acuerdo a las formalidades y procedimientos legales que establece la Constitución, y a falta de ellos carecerán de todo valor probatorio. Pero también esta restricción de garantía está limitada, ya que únicamente se podrá dar en materia penal, salvo en esta materia cuando se trate de las comunicaciones entre el detenido y su defensor.

***“La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.”***

Esta garantía de “inviolabilidad de correspondencia” concede la restricción de revisar cualquiera de ellas por parte de las autoridades judiciales, administrativas o carcelarias, que vayan dirigidas a algún detenido.

#### **Artículo 17**

Análisis de la garantías previstas en este precepto:

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

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

*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.*

*Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

*Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.”*

Este precepto Constitucional, que a saber, consagra siete garantías del gobernado, y que tienen vigencia dentro del proceso penal mexicano, ellas son:

- “a) El derecho de acción, *lato sensu*; este derecho consiste en la facultad que tiene todo gobernado para poner en movimiento a los órganos judiciales estatales, -extinguendo de esta forma la violencia privada;
- b) La existencia de tribunales estatales para administrar justicia;
- c) La impartición de justicia pronta, completa e imparcial;
- d) La prohibición de costas judiciales;
- e) La independencia de los tribunales (Poder Judicial) frente a otros órganos de Estado;
- f) La garantía de la ejecución de las resoluciones (*lato sensu*) judiciales; y
- f) La seguridad de que ningún gobernado será aprehendido por deudas de carácter civil.”<sup>72</sup>

**Artículo 18**

Análisis de las garantías previstas en éste precepto:

***“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva.”***

<sup>72</sup> Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, *supra*, nota 56, págs. 42 y 43

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 º y 7 º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Esta oración Constitucional respalda para todo indiciado el derecho de poder gozar de su libertad de tránsito aun y cuando se encuentre procesado por la comisión de un delito, siempre y cuando éste no se encuentre sancionado por pena privativa de libertad.

***“El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”***

La garantía que se consagra en esta parte del citado precepto deriva de la necesidad de no poner en peligro a los indiciados que están siendo procesados por su probable responsabilidad en la comisión de un delito, casos en los que puede o no resultar penalmente responsable, al ponerlos expuesto a la convivencia con verdaderos delincuentes que están cumpliendo sus penas por delitos cometidos, así como con el fin de evitar una posible afectación tanto psicológica e incluso física.

***“Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizaran el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.”***

Esta garantía obliga al Estado a prestar el apoyo necesario a todo reo para que logre su readaptación a la sociedad, considerando entre ellos como su base el trabajo y la educación.

***“Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”***

Dicho criterio es salvaguardado constitucionalmente con la finalidad de salvaguardar la integridad física y psicológica de los reos, frente a situaciones que de darse sólo provocarían situaciones contrarias a las de la readaptación social del delincuente, así como por cuestiones de higiene, salubridad y creación de núcleos primarios delinenciales por naturaleza.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

***“Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.”***

Esta es una medida de seguridad del Estado, y que por ende no podemos considerar como garantía del gobernado, pues está creada con el objeto de defenderse ante aquellos delinquentes que denotan alto nivel de peligrosidad.

***“La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.”***

La idea -que emana de este precepto- es sustraerlos totalmente a las leyes penales, sean éstas sustantivas o procedimentales. A la culpabilidad la sustituiría la peligrosidad; a la tipicidad por conductas o estados de peligro; a la imputabilidad, la ausencia de ella, y a las formas y procedimientos legales, la libertad absoluta para dirigir el procedimiento, valorizar las pruebas y dictar resoluciones periódicamente revisables. Esto con el fin generoso de proteger al menor, llevando el riesgo de caer en arbitrariedad y el procedimiento inquisitivo.<sup>73</sup>

Ahora bien.. considero necesario hacer referencia a las Garantías Constitucionales del menor, en este capítulo, mismas a las que hace referencia el Licenciado **Herrera Lasso y Gutiérrez**, en su obra “Garantías Constitucionales en Materia Penal”: las cuales se concentran primordialmente en aquellas que atentan contra la privación de la libertad, mismas que son:<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, op.cit.supra, nota 51, pag. 87

<sup>74</sup> *Ibid.*, págs. 89 a 91

Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

- a) Prohibición de ser internado si la infracción cometida por él no tiene señalada pena corporal (Artículo 18 Constitucional, primer párrafo).
- b) Mandamiento escrito, fundado y motivado, de autoridad competente (Artículo 16 Constitucional, primer párrafo).
- c) Juicio -en el más amplio sentido del concepto-, conforme a la leyes expedidas antes de ocurridos los hechos. (artículo 14 Constitucional, párrafos primero y segundo).
- d) Prohibición de la aplicación de la ley por analogía o mayoría de razón (Artículo 14 Constitucional, tercer párrafo).
- e) Cumplimiento en el juicio de las formalidades esenciales del procedimiento (Artículo 14 Constitucional, párrafo segundo), que son:
  - 1. Averiguación Previa, -en la que se acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del menor, para considerarlo presunto infractor de la norma penal, así como la inexistencia de una excluyente de responsabilidad- (Artículo 19 Constitucional, primer párrafo).
  - 2. Conocimiento de la naturaleza y causa de la acusación (Artículo 20 Constitucional, fracción III).
  - 3. Prohibición de obligar al menor a declarar en su contra (Artículo 20 Constitucional, fracción II).
  - 4. Oportunidad de ofrecer y rendir pruebas (Artículo 20 Constitucional, fracción V).
  - 5. Derecho a ser oído en defensa - y de ésta última en esencia- (Artículo 20 Constitucional, fracción IX).

Asimismo, el menor no goza de las siguientes garantías.

- I.- Que la Orden de Detención - ó de aprehensión, como se desee denominar- provenga de autoridad judicial (Artículo 16 Constitucional, párrafo segundo).
- II.- Beneficio de libertad bajo fianza o caución (Artículo 20 Constitucional fracción I).
- III.- El juicio de jurados, -sí el menor comete una infracción a la ley penal relativa a delitos de prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación (Artículo 20 Constitucional, fracción VI, parte final).

IV- Derecho a que su situación definitiva sea resuelta en los plazos máximos de un año o cuatro meses, en las condiciones establecidas por la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.

Estas Garantías deben hacerse respetar por todas las autoridades que están obligadas a ello, y en caso contrario estaremos en presencia de la procedencia del Juicio de Amparo.

Es preciso decir que, contra las resoluciones dictadas por los organismos encargados de aplicar las leyes sobre “menores infractores”, que ordenen privar de la libertad a éstos, procede el juicio de amparo ante Juez de Distrito en los términos del artículo 107 fracción XII de la Constitución. Dicho juicio podrá ser promovido por el propio menor, su legítimo representante o cualquier otra persona (Artículos 6 y 17 de la Ley Reglamentaria de los Artículo 103 y 107 Constitucionales).<sup>74</sup>

Continuaremos el análisis, en forma muy especial, por cuanto hace al párrafo anteriormente referido en el apartado correspondiente del Capítulo III del presente trabajo, por lo que únicamente en esta parte nos hemos concretado a hacer las citaciones en forma más enunciativa que analítica.

*“Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.”*

---

<sup>74</sup> Ibid., págs. 91 y 92

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Exterior Contra la Delincuencia Organizada**

Este último párrafo del precepto en cita concede el beneficio de acercar a su comunidad y por ende a sus familiares a aquellos delincuentes que cometieron un delito y están purgando su pena en una entidad federativa distinta a su lugar de origen o residencia, con el objeto de no romper los lazos que unen al delincente con sus familiares, no obstante que la prisión rompe con el núcleo familiar y social del detenido.

**Artículo 19**

Análisis de las garantías previstas en éste precepto:

***“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión, y siempre que de los actuados aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.”***

Este primer párrafo del artículo 19 Constitucional, impone la obligación a las autoridades judiciales de resolver la situación jurídica de todo indiciado en un plazo no mayor de setenta y dos horas contado a partir del momento en que le fue puesto a disposición, debiendo justificar la continuación de su detención mediante el dictado de un Auto de Formal Prisión, o en caso contrario decretarle su libertad; asimismo refiere que el citado “Auto” solo podrá decretarse si de las constancias aparecen datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le imputa al detenido y se aprecie la probable responsabilidad de éste en su comisión.

El auto de formal prisión, es un acto de autoridad dentro del juicio penal, que establece: a) La declaración del juzgador de que existen motivos bastantes para convertir la detención en prisión preventiva; b) Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o delitos en que se funda la acción penal del Ministerio Público; c) Ordena se abra juicio en su período de instrucción y se brinda a las partes el derecho de ofrecer pruebas dentro del

término previsto por la Ley reglamentaria, facultándose el desahogo de aquellas que lo requieran en el periodo de instrucción.<sup>76</sup>

***“La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.”***

Esta es una obligación derivada de la Constitución, dirigida a los carceleros, quienes al no tener por justificada la extensión de la detención de un detenido por más de setenta y cinco horas, deberá poner en libertad a éste; dándole al inculcado la seguridad social que en su caso no fuera dable dentro de un sistema procedimental penal inquisitorio.

***“Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.”***

La trascendencia que tiene el Auto de Término Constitucional radique en que, “es la base para la substanciación y resolución del juicio, ya que ... el proceso se tramitará por el delito que se señala en dicho auto y no por alguna otra conducta delictiva. De ese modo, el acusado podrá cabalmente defenderse y hacer valer todos los elementos necesarios para acreditar su inculpabilidad o inocencia.”<sup>77</sup> Por lo que es la base fundamental de la secuela procesal, su base, aún y cuando dentro del proceso aparezcan datos de la comisión de otro delito diverso, se seguirá el proceso por el previamente establecido, y se tendrá que seguir por investigación separada el posterior, independientemente que posteriormente se ordene

<sup>76</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pág. 140

<sup>77</sup> Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit. supra*, nota 56, pág. 72

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

su acumulación, situación que solo podrá darse hasta antes de dictarse sentencia definitiva en el primer juicio.

***“Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes o reprimidos por las autoridades.”***

Esta es otra de las garantías fundamentales y esenciales de todo detenido, que debe su protección desde el momento de la aprehensión hasta su reclusión en la cárcel, además de no poder ser maltratado, molestado si causa legítima, tampoco le podrá ser pedida contribución alguna so pretexto de ningún motivo.

**Artículo 20**

Análisis de las garantías previstas en éste precepto:

***“ En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:”***

Con éste enunciado se inicia la redacción del artículo constitucional que concentra en su mayoría todas las garantías a que tiene derecho el detenido durante el proceso penal que se le pretenda incoar.

***“I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución , siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.”***

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Existe en este precepto la garantía de inmediatez de libertad, la cual razona en el sentido de que sin tardía, siempre y cuando tenga derecho conforme a la Ley, se le otorgue su libertad provisional bajo caución, no importando incluso que haya o no depuesto su declaración preparatoria, pues ésta tiene un plazo más amplio que el de la inmediatez, siendo de 48 horas el primero y de prontitud instantánea el segundo, sin tardía.

“LIBERTAD PERSONAL. El derecho que a ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede sino que se lo reconoce; pero si por los motivos previstos en la ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho de estar libre mediante ciertos requisitos”.<sup>78</sup>

La Constitución de la República le da nacimiento al segundo tipo de libertad y la establece como una garantía procesal, que beneficia a todos los individuos que habitan en el territorio nacional y que se encuentran sujetos a proceso represivo.<sup>79</sup>

Esta es una libertad de efectos provisionales, porque su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al proceso adquiere la calidad de ejecutoria y sus términos obligan en forma impostergradable. Es una figura jurídica sólo aplicable a favor de los procesados y no de los reos.<sup>80</sup>

La libertad bajo caución “es el derecho sui generis que la Constitución otorga a los acusados dentro de un proceso penal, que han sido privados de su libertad y se les mantiene detenidos en prisión preventiva o purgando una condena. Gracias al mismo, gozarán de su libertad de tránsito durante la substanciación del juicio o durante el tiempo de la

<sup>78</sup> Ejecutoria visible en el tomo XII, pág. 317, bajo el rubro: Amparo Penal en Revisión, Inlavera, Carlos, 28 de Agosto de 1923. Cita de Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pág. 157

<sup>79</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pág. 158

<sup>80</sup> *Ibid.*, págs. 158 y 159

pena...<sup>81</sup> -previa la satisfacción de las garantías que la propia Constitución establece, a efecto de garantizar y obligarse a no sustraerse de la acción de la justicia.

*“El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.”*

Esta garantía respalda el derecho de obtener la libertad caucional del indiciado de tal forma que pueda pagarla, incluso si no logra cubrir el monto señalado primeramente, que se le pueda disminuir, siempre y cuando garantice el cumplimiento de sus obligaciones, la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, a las que posiblemente podría ser condenado.

*“La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;”*

Solo en los casos previamente establecidos en la Ley (Adjetiva) habrá lugar a coartar la garantía de libertad provisional de indiciado.

*“II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;”*

---

<sup>81</sup> Castillo del Valle. Alberto del. UD\_CIL\_SUEA, nota 56, pag. 60

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Esta garantía constitucional protege la integridad física del procesado en términos generales; y, dentro del juicio, constituye una limitación procesal que brinda certeza jurídica. El incumplimiento de los dictados constitucionales va a producir los siguientes efectos jurídicos: responsabilidad penal de la persona física que tenga el carácter de titular del órgano del estado, a nombre del cual ejerció el acto que constituye un exceso de poder; y, dentro del proceso penal, originará la inconstitucionalidad del acto de autoridad que tiene por recepcionada en estos términos la declaración del acusado. En consecuencia, la conculcación de la garantía constitucional, dentro del juicio penal, produce la falta de validez de la declaración como elemento de prueba; de tal forma que ésta no podrá brindar valor probatorio y menos elevarse a la calidad de declaración confesional.<sup>82</sup>

***“III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;”***

Esta es una garantía de seguridad jurídica para el preso, pues debe hacerse de su conocimiento la naturaleza de la acusación que se le imputa, así como el nombre de las personas que deponen en su contra, con la finalidad de que pueda incoar bien su defensa; teniendo en este momento el derecho de vertir o no su declaración preparatoria, diligencia que tiene un plazo riguroso de 48 horas para su cumplimiento o certificación de no declaración, a la cual no podrá obligársele para tener por satisfecha la obtención de la declaración.

***“IV. Siempre que lo solicite, será carreado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;”***

Esta es otra garantía que amplía más su defensa, el hecho de sostener su inocencia ante las personas que han depuesto en su contra dentro del proceso que se le sigue.

<sup>82</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, op.cit.,supra, nota 54, págs. 211 y 212

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

***"V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;"***

Esta garantía tiene vigencia y debe observarse desde la Averiguación Previa como en el Proceso. Pudiendo ofrecer y recibírsele todas las pruebas que con tal carácter ofrezca, auxiliándolo en todo lo necesario para obtener el desahogo de las mismas.

***"VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado de delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación;"***

Esta fracción consagra el derecho de todo procesado a ser juzgado en audiencia pública, que significa que será procesado en "una diligencia -de carácter- judicial (acto procesal) a la cual comparecen las partes en el juicio ante el juzgador (que es quien la preside), a fin de desahogar los medios probatorios aportados por esas partes y la cual puede ser presenciada por cualquier persona, independientemente de que tenga interés en el negocio o carezca del mismo...".<sup>83</sup> Pero también existe otra extensión a esta garantías, en materia procesal, misma que en un momento dado puede darle protección ya sea al procesado o a la parte agraviada por la comisión del delito, pues la Ley Procesal Penal del Distrito Federal, refiere que en los casos que atenten a la moral pública la audiencia constitucional podrá llevarse a puerta cerrada.

***"VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;"***

---

<sup>83</sup> Castillo del Valle Albero del, *op.cit. supra*, nota 56, pag. 80

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Esta garantía a mi criterio no tiene límites de ninguna naturaleza, todos los datos que requiera un procesado deben de serle otorgados a efecto de no violar su garantía de defensa, principio invulnerable del sistema penal mexicano.

*“VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;”*

Esta disposición constitucional, es garantía de los gobernados de naturaleza procesal, que reviste la calidad de formalidad esencial del procedimiento, constituye un límite insuperable a la actividad del juzgador, pues le obliga a dictar justicia en los plazos que se consagra. La garantía procesal consiste en que el proceso penal debe de ser resuelto por sentencia de fondo, en los plazos máximos que señalan, sin que se justifique la omisión del juzgador por virtud de estar pendientes de resolver recursos ordinarios o cualquier obstáculo procesal; es una obligación expresa, cuya insatisfacción constituye un exceso de poder del juez.<sup>84</sup>

Este término constitucionalmente establecido, se computará a partir de que se le decreta su formal prisión o preventiva por el delito por el que es acusado el procesado, hasta el momento de que se dicte la Sentencia Definitiva que ponga fin al juicio seguido en su contra. Sin importar si el procesado se encuentre preso o en libertad provisional, ya sea que su situación jurídica devenga de un auto de formal prisión o sujeción a proceso sin restricción de su libertad, la sentencia definitiva deberá emitirse en el plazo que refiere la Ley Fundamental.

La violación a éste garantía de conclusión del juicio penal, produce dos tipos de consecuencia: 1) Responsabilidad penal para el juez por el abuso de autoridad, y 2) Que tales excesos, dentro del proceso, queden como hechos consumados en forma irreparable.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit.*, supra, nota 54, págs. 215 y 216

<sup>85</sup> *Ibid.*, pág. 217

Los plazos que dicta la Constitución para que concluya el proceso penal, son aplicables tanto en la primera como en la segunda instancia; tales aseveraciones se deducen de la generalidad del precepto constitucional, que no señala diferencia o distingo. - lo anterior con base en el principio que versa "donde el legislador no distingue, ni el interprete, ni el impartidor de justicia debe distinguir"-, y sólo ordena que se dicte la resolución en los términos que manda.<sup>86</sup>

*"IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y"*

El Defensor. - refiere **Herrera Lasso y Gutiérrez-** junto con el acusado forman la defensa, es decir, una parte y es, por ello, parcial. Ambos se unen para un mismo fin: lograr una sentencia absolutoria o una pena tan reducida como sea posible, mediante el empleo adecuado que de la técnica pueda hacer el defensor. La parcialidad de éste no es, pues, identificación plena con el cliente, sino actividad jurídica sistemática destinada a hacer prevalecer la credibilidad en los propios medios y operaciones de prueba sobre los de la acusación, o demostrar al menos la insuficiencia de éstos últimos, dentro de los límites de verdad y objetividad que la propia Constitución señala.<sup>87</sup>

Este derecho a la Defensa contiene:plá esencialmente:<sup>88</sup>

I. En cuanto al número y calidad de las personas no hay límite.

<sup>86</sup> Ibid., pag. 219

<sup>87</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, op. cit. supra, nota 51, pag. 94

<sup>88</sup> Ibid., págs. 96 y 97

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

- II En cuanto al lapso necesario para probar es también ilimitado, como se desprende de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.
- III. En cuanto a la naturaleza de los objetos a probar, son admisibles los útiles y pertinentes, siempre que la demostración de su existencia no lesiones un derecho considerado por el legislador más importante que el de defensa (pruebas ilegales).
- IV. En cuanto a la naturaleza de los medios de prueba, son admisibles todos los idóneos, siempre que su empleo no lesione un derecho considerado por el legislador más importante que el de defensa (pruebas contrarias a la moral).

Esta disposición constitucional, consagra el derecho de defensa; así el acusado podrá defenderse por sí o mediante abogado, facultad que tiene desde el momento que es privado de su libertad, en Averiguación Previa y en Proceso.

El incumplimiento de designar defensor al procesado, presume estado de indefensión, omisión del juzgador que produce una violación procesal que vicia su garantía de audiencia, de tal manera que sus actos posteriores serán inconstitucionales, debiéndose reponer el procedimiento, para que se satisfaga la garantía de defensa; así como la facultad de designar defensor no puede sufrir restricciones, el juez debe tener como su defensor a quien el inculcado proponga, no puede imponer ninguna limitación al ejercicio de este derecho de defensa, hacerlo constituye una violación a las formalidades esenciales del procedimiento, irreparables en la sentencia por la indefensión que produce.<sup>89</sup>

***"X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causas de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo."***

Esta fracción contiene el derecho improrrogable de la detención por motivos ajenos al enjuiciamiento penal a que ha sido sujeto un individuo, los cuales no forman parte de los fines sociales con que se instaura la prisión, sino de compromisos exigibles por la vía civil.

<sup>89</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, págs. 204 y 205

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

***“Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva, por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.”***

Esta garantía se vierte como emanación de la seguridad jurídica con que debe gozar un detenido, el saber en forma definida el tiempo que estará privado de su libertad, y que el ignorarlo sería atentar contra todos los principios fundamentales del hombre, no sólo físicos, sino psicológicos y emocionales.

***“En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.”***

Este es otro derecho del que gozan los indiciados, teniendo a su favor que se les cuente como privación de su libertad desde el momento en que fueron detenidos con motivo del enjuiciamiento penal.

***“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”***

Esta es una ampliación de la garantías esenciales del procedimiento penal al procedimiento administrativo que lo antecede, en el cual actúa autoritariamente el Ministerio Público, así se conceden al detenido las garantías de audiencia, libertad caucional, de prueba y defensa.

**Artículo 21**

Análisis de las garantías previstas en este precepto:

***“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxillará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”***

De acuerdo a este precepto, son funciones del Ministerio Público, “la persecución de los delitos ante los tribunales estatales, primeramente llevando adelante las diligencias o actos de investigación del ilícito -Averiguación Previa- y, posteriormente, consignando los hechos ante el juez penal competente, con el ejercicio de la acción penal y la prosecución del juicio que se esa acción se desprenda”.<sup>90</sup>

Por lo que se garantiza a los gobernados que la única autoridad facultada por el Estado para investigar y perseguir los actos constitutivos de delitos es el Ministerio Público, ninguna otra autoridad puede hacerlo

Siendo la Averiguación Previa, “el procedimiento jurídico legal que se substancia y desarrolla ante el Ministerio Público (federal o local), a fin de investigar hechos que puedan ser constitutivos de un delito. Este procedimiento tiene una vigencia desde la denuncia, acusación o querrela, hasta la resolución que emite el Ministerio Público y en la cual determine si decide ejercer la acción penal o, por el contrario, considera que no debe ser ejercida la misma”.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Castillo del Valle, Alberto del, op. cit., SUPRA, nota 56, pág. 39

<sup>91</sup> Ibid., pág. 40

**Artículo 22**

Análisis de las garantías previstas en este precepto:

***“Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.”***

El principio de legalidad en materia penal restringe la existencia de los delitos y las penas al contenido exacto de la norma jurídica; sólo puede ser delito lo que la ley da esa calidad, y la sanción correspondiente será exclusivamente la prevista como pena en la disposición legal.<sup>92</sup>

Por lo anteriormente citado, fue que el Legislador de Querétaro plasmó constitucionalmente la prohibición de la aplicación de las penas antes citadas; cada una de ellas es entendible, menos aquellas que son denominadas como inusitadas y trascendentales, para ello referiremos los siguientes criterios.

La pena inusitada en su contenido constitucional debe entenderse como aquella que ha sido abolida por considerarse inhumana, cruel, infame, excesiva; porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad al no llenar las características de ser sanción eficaz, moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y en cierta forma ejemplar.<sup>91</sup>

La pena trascendental es la que antiguamente se imponía a los parientes más próximos del delincuente con la finalidad de castigar a éste en su familia. Penas trascendentales son aquellas que pueden afectar el modo legal y directo a terceros extraños que no son responsables penalmente del delito cometido. Tendrán esta calidad, aquellas

<sup>92</sup> Mancilla Ovando, José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pág. 51

<sup>91</sup> *Ibid.*, pág. 52

personas cuyas consecuencias legales afecten a personas distintas del reo, como podrían ser sus parientes.<sup>94</sup>

Este precepto constitucional, tutela los bienes jurídicos denominados integridad física y moral del individuo, "evitándose así que éstas sean degradadas, agredidas o afectadas y que la aplicación de estas tenga una consumación y efectos psicológicos (y físicos muchas veces) irreparables".<sup>95</sup>

*"No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del Artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes."*

*"Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."*

Esta es una garantía muy discutida, pues faculta al Estado la aplicación de la pena de muerte para los delitos que refiere, prohibiéndola para los que omite y para los reos acusados de delitos políticos; pero no existe como tal, en virtud de que dicha pena no está vigente procesal y prácticamente, aún y cuando esté autorizada constitucionalmente.

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, pag. 53

<sup>95</sup> Castillo del Valle. Alberto del. op. cit. supra, nota 56, pag. 92

Artículo 23

Análisis de las garantías previstas en éste precepto:

*"Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias."*

El objeto de esta garantía es el de "resolver en breve término un juicio penal y darle así la seguridad necesaria a una persona, sobre su situación jurídica, a través de la prosecución de un juicio que no se alargue en su solución, por virtud de diversas etapas procesales del mismo. Es por ello que se impone un límite a las instancias judiciales".<sup>66</sup>

*"Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene."*

Este mandamiento constitucional, -garantía *NON BIS IN IDEM*-, que prohíbe de modo terminante que se juzgue a alguien dos veces por el mismo delito, sólo autoriza la aplicación de la figura de la cosa juzgada en el proceso penal. Significando que si existe identidad en los hechos delictivos, en el delito por el que se acusa y en la persona del procesado, la resolución que se formule en ese proceso, será verdad legal, y protege a ese gobernado de ser juzgado en segunda ocasión por los mismos hechos delictivos.<sup>67</sup>

*"... Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."*

"Desde 1856 el Constituyente aceptó las razones que da *Eseriche* en su Diccionario, cuyos apartados relativos pidieron les fueran leídos *Mata, Ramírez y Arriaga*:

"Todo hombre se halla en posesión de su inocencia, mientras no se pruebe claramente que la ha perdido." "...En la práctica, sin embargo, se ha adoptado el sistema de

<sup>66</sup> *Ibid.* - pag. 94 .

<sup>67</sup> *Ibid.* - pag. 231 .

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

absolver de la instancia al procesado, cuando por una parte no se prueba bien su inocencia, y por otra se ve que la acusación, aunque no probada, no se ha intentado sin algún fundamento...” “...Es una absolución relativa, imperfecta, interina, se limita sólo a los autos hechos; deja la puerta abierta a nuevas pesquisas, y suspende más bien que fina el juicio, el cual puede abrirse o instaurarse si después sobrevienen nuevas pruebas...”

¿Es posible que haya de ser tanta la sed de castigo, que por el temor de dejar impune un delito se prefiere condenar a quien no sabe si tiene culpa? ¿Quién se podría creer seguro con tal sistema?”

Y en el dictamen que se acompañó a la lectura del proyecto del artículo 23, reiteraron los constituyentes de 1916:

“El artículo 23 del Proyecto de Constitución contiene los mismos preceptos del artículo 24 de la de 1857. Condena procedimientos y prácticas que de hecho están abolidos en la República desde hace muchos años; pero la prudencia aconseja conservar la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto. En consecuencia, proponemos a esta honorable Asamblea se sirva aprobar el artículo tal y como aparece en el proyecto original.”

Los temores de ambos constituyentes no fueron vanos. Todavía hoy, a años de haber sido abolida, la práctica de absolver de la instancia aparece encubierta en los códigos de procedimientos bajo el engañoso tratamiento de Auto de Libertad por Falta de Elementos, el cual se dicta “sin perjuicio de que por datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del inculpaado”.<sup>98</sup>

Esta garantía es complemento de la establecida en la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, que protege al indiciado contra la duración excesiva de los procedimientos penales.

<sup>98</sup> Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, op\_cit, supra, nota 51, págs. 71 y 72

### Inconstitucionalidad de los Arts. 3.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Abolver de la instancia significa concluir el proceso sin resolución que dirima el litigio planteado por las partes. Tal acto faculta para iniciar una nueva instancia o procedimiento, salvando las omisiones o deficiencias de la acción, de las pruebas, que en el proceso anterior no permitieron obtener una sentencia condenatoria.<sup>109</sup>

La finalidad de esta garantía es la de “dar seguridad jurídica al acusado y procesado, en el sentido de que no se suspenderá indefinidamente el juicio que se siga en su contra hasta encontrar nuevos y mayores elementos en que se base su responsabilidad, para poder sentenciarlo y condenarlo, sino que se dictará la sentencia correspondiente en que se dirima la controversia respectiva y se determine con claridad la situación jurídica del inculpado sobre su responsabilidad penal, de acuerdo con los elementos y pruebas que obren en el expediente”.<sup>110</sup>

Todos los conceptos vertidos anteriormente, que analizan las garantías que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga a todo gobernado que se encuentra en condición de ser sujeto a juicio penal, también, así como amplias son, son restringidas algunas de ellas, mismas que a continuación enlisto:

- “a) Tratándose de la Orden de Aprehesión, la autoridad judicial que la emite no está obligada a oír previamente al afectado en juicio (artículo 16 Constitucional), por lo que se restringe la garantía de audiencia;
- b) El caso de la concesión de la libertad bajo caución, este derecho se otorga tan solo en favor de aquellas personas que son procesadas por la comisión de un delito...”, que no se encuentre calificado por la Ley como grave, así como cuando a solicitud del Ministerio Público cuando sea acusado por un delito no grave el Juez niegue su libertad porque el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la Ley o por existir elementos que establezcan que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del

<sup>109</sup> Mancilla Osando José Alberto, *op. cit. supra*, nota 54, pag. 229

<sup>110</sup> Castillo del Valle Alberto del, *op. cit. supra*, nota 56, pag. 96

Inconstitucionalidad de los Art. 4 "y 7" de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad (artículo 20 Constitucional);

- c) Toda detención debe emanar de una orden emitida por un Juez, pero cuando se está ante un delito flagrante, cualquier persona (autoridad o no) puede aprehender al delincuente (artículo 16 Constitucional); y
- d) Así como tratándose de Casos Urgentes, en los que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial en razón de la hora, lugar o circunstancia, no será necesario contar con una Orden de Aprehensión, el Ministerio Público podrá bajo su más estricta responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los motivos que motiven su proceder (artículo 16 Constitucional).

Y para concluir con este último punto del presente Capítulo, señalaremos que la finalidad de las Garantías Individuales en Materia Penal, es la de salvaguardar y hacer vigentes los derechos sacros de que goza todo individuo, mismos que otorga nuestra Carta Magna, como son la vida, la libertad y su integridad física, protegiéndolo contra las arbitrariedades de las autoridades públicas, cuando éste ha cometido un delito; situación que en caso de no respetarse, el gobernado podrá instar en contra de dichas autoridades gubernamentales el Juicio de Amparo, que es el medio de Control Constitucional que respalda su observancia y cumplimiento.

## CAPITULO II

### LA NORMA PENAL Y EL DELITO

Siguiendo con el objetivo planteado desde el inicio del presente trabajo, y con la finalidad de poder ser explícitos con nuestro lector, considero necesario, como preámbulo al presente Capítulo, ubicarnos sobre la materia que trataremos, el Derecho Penal, su denominación, conformación y finalidad; por ello comenzaremos a explicar en forma somera los aspectos más elementales que las figuras jurídicas que nos servirán de base en lo subsecuente.

#### **Etimología de la palabra "Derecho":**

La palabra "Derecho" deriva del vocablo latino "directum" que, en su sentido figurado, significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma". "Derecho" es lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin; ésta es la concepción que da Miguel Villoro Toranzo, en su libro "Introducción al Estudio del Derecho".<sup>101</sup> Podemos agregar que, el vocablo *directum*, está formado por el prefijo *di* y el adjetivo *rectum*. El adjetivo constituye la raíz ideológica del verbo *regere*

---

<sup>101</sup> Villoro Toranzo, Miguel, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición, México, 1990, pág. 4

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

que significa "gobernar" y del sustantivo *regnum* que indica "reino" de lo cual se colige que el Derecho denota imperio y autoridad, atributos que caracterizan a la Ley.<sup>102</sup>

**Sentidos de la palabra Derecho:**

A este respecto, los diversos doctrinarios, han dado diversas acepciones al vocablo "Derecho", por lo cual es importante establecer en forma genérica, aunque no de manera uniforme, la más acertada a nuestra consideración.

El maestro Villoro Toranzo, menciona que existen cuatro sentidos que se usan para la palabra "derecho", los cuales son: "1) derecho como facultad: el derecho del propietario a usar de su propiedad (derecho subjetivo); 2) derecho como ciencia: estudiante de Derecho; 3) derecho como ideal ético o moral de Justicia: no hay derecho a que se cometan determinados abusos; y 4) derecho como norma o sistema de normas: el Derecho Mexicano (Derecho Objetivo)."<sup>103</sup>

Para el mismo autor, el Derecho Objetivo se define como un "sistema de normas que rige obligatoriamente la vida humana en sociedad".<sup>104</sup>

Así como señala que, existen dos clases de Derecho Objetivo: el Derecho Natural y el Derecho Positivo. El Derecho Natural está compuesto de aquellos principios y normas morales que rigen, según el criterio formal de la Justicia, la conducta social de los hombres y que son conocidos por "la recta razón escrita en todos los corazones" por estar impresos en la naturaleza humana y conformarse al orden natural de las cosas. El Derecho Positivo es el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Peniche López, Edgardo, "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil", Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Segunda Edición, México, 1991, pág. 20

<sup>103</sup> Villoro Toranzo, Miguel, op. cit. *supra*, nota 101, págs. 5 y 6

<sup>104</sup> *Ibid.*, pág. 7

<sup>105</sup> *Ibid.*, pág. 8

**Definición de “Derecho”:**

El Derecho para nosotros, es la ciencia del saber ordenar una estructura social de acuerdo con los principios jurídicos de equidad, paz y justicia de la colectividad, por medio de los cuerpos normativos necesarios para alcanzar su fin, el bienestar público, la convivencia racional y equilibrada de la colectividad. Este fin solo será alcanzado mediante el enlace de derechos y obligaciones, entre el Estado y el individuo, las relaciones de subordinación. Limitaciones de la libertad natural de hombre, justificadas para conseguir la paz social. El anterior criterio lo hemos desentrañado de las diversas concepciones doctrinales que a continuación exponemos.

García Máynez, para definir dicha concepción abarca tres diversos aspectos que son, el estatal, el filosófico y el sociológico, dando tres diversas definiciones, que son las siguientes: “Derecho formalmente válido es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y una cierta época la autoridad política considera obligatorias”; “Derecho intrinsecamente válido es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado”; y “Derecho positivo es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de su historia”.<sup>106</sup>

Miguel Villoro Toranzo, define el Derecho de la siguiente forma: “Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.<sup>107</sup> Explicando los elementos del concepto así, “Un sistema racional”, un ordenamiento de diversas normas, construido por la razón; “De normas de conducta”, de reglas que expresan un “deber ser”; “Sociales”, bilaterales, brotadas del hecho social y dirigidas al bien común de la sociedad; “declaradas obligatorias por la autoridad”, hecha en forma expresa, pública (promulgación), o en forma tácita: “por considerarlas soluciones justas”, como fuente real

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, págs. 123 y 124

<sup>107</sup> *Ibid.*, pág. 127

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

que determina el contenido de las normas jurídicas, constituida por la realidad histórica en toda su complejidad: " A los problemas", como fin práctico del Derecho; "Surgidos de la realidad histórica", como fuente real del Derecho.

Podemos señalar que "el Derecho consiste en un vasto conjunto de reglas dirigidas a organizar las sociedades proyectándolas hacia una convivencia pacífica; reglas estas que se pueden ser escritas o no, pero que de todos modos viven en la conciencia del hombre honesto y de los pueblos que tienden a perfeccionarse".<sup>108</sup>

Es por tanto, la palabra Derecho, quien no da una idea de no desviación ni para un lado ni para otro, que es recto, seguido, justo, razonable y legítimo; idea de rectitud; valores dirigidos a regular la conducta humana con dispositivos de carácter social, bilateral, externo, heterónomo y coercitivo.<sup>109</sup>

Derecho es, "el conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado".<sup>110</sup> Esta es la conceptualización que a nuestro criterio es la más correcta descripción del Derecho.

Para Ignacio Villalobos,<sup>111</sup> "es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro".

<sup>108</sup> Peniche López, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 102, pág. 15

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 19 y 20

<sup>110</sup> Castellanos Terr. Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Parte General, Editorial Porrúa, S.A. Trigésima Edición, México, 1991, pág. 17.

<sup>111</sup> Villalobos, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano", Parte General, Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición, México, 1990, pág. 15

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Y por último, para **Zaffaroni**, el derecho penal, es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito, y aspira a tener consecuentemente una coerción judicial particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor, por lo que, con la expresión "derecho penal" se designan, ya sea conjunta o separadamente, a dos entidades diferentes: 1) Al conjunto de leyes penales, a la legislación penal; ó 2) El sistema de interpretación de la legislación, es decir, el saber del derecho penal.<sup>112</sup>

**Derecho Penal:**

Este es una de las ramas del Derecho Público, que a nuestro criterio ciertamente resultan muy apasionante, es la ciencia conformada por un conjunto de normas jurídicas, dispositivas y/o prohibitivas, relativas a la determinación por parte del Legislador de los bienes jurídicamente tutelados por la Ley, así como a la aplicación de la facultad punitiva del Estado para sancionar a los sujetos que atentan contra los principios salvaguardados por la normas penales pertenecientes a la sociedad: no obstante de nuestras consideraciones, insertaremos las conceptualizaciones jurídicas doctrinarias que al respecto han hecho muy notorios juristas.

La existencia del Derecho Penal, para el Maestro **Castellanos Tena**,<sup>113</sup> radica esencialmente en los intereses tutelados por el Derecho, que por su importancia son de incalculable valor, pero entre todos, alguno de ellos su protección debe de ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar, con el fin de garantizar la supervivencia del orden social, y en tal virtud, justificando el alcance de tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados,

<sup>112</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal" Parte General, Cárdenas Editores y Distribuidores, Segunda Reimpresión, México, 1964, págs. 41 y 42.

<sup>113</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, 2006, nota 110, pág. 18.

originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Primeramente ubicando al Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico, es decir dentro del sistema de norma jurídicas, impositivas, lo encontramos dentro del Derecho Público, definido como el conjunto de normas que regulan las actividades de los particulares frente al Estado y las relaciones de los Estados Soberanos entre sí; o bien "el conjunto de normas jurídicas que regulan la actuación de los individuos frente al Estado, así como las relaciones de los Estados como entidades soberanas entre sí";<sup>114</sup> dentro de esta concepción, derivan dos ramas, el derecho público interno y el externo, hallando dentro del primero el derecho penal, éste también es denominado derecho nacional en virtud de que rige en un país determinado.

Consecuentemente, se define el Derecho Penal, como el "conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos y determina las penas aplicables a los delincuentes";<sup>115</sup> Como una rama derivada del Derecho Público, que comprende el conjunto de normas jurídicas que establecen o definen los delitos así como las sanciones correspondientes aplicables a aquellos sujetos que adecuen su actuar al supuesto señalado por la norma prohibitiva o descriptiva de las conductas ilícitas.

Esta disciplina jurídica especial, derivada del derecho público interno, es definida por **Eugenio Cuello Calón**, como "el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad";<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Floresgómez González Fernando y Carsajal Moreno Gustavo, "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", Editorial Porrúa S.A., Vigésima Edición, México, 1981, pag. 44

<sup>115</sup> Peniche López, Eduardo, OP. CIT. SUPRA, nota 102, págs. 31 a 33

<sup>116</sup> Cita de García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésimo Segunda Edición, México, 1991, pag. 141

El Derecho Penal, es entendido como el "conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas".<sup>117</sup>

"Es el complejo de las normas del derecho positivo destinadas a la definición de los delitos y la fijación de las sanciones".<sup>118</sup>

También es definido, como el "conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que se aplican para lograr conservar el orden social". **Edmundo Mezger** lo define como "el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica a un hecho cometido". "Pero derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza".<sup>119</sup> **Castellanos Tena**, complementa dicha definición al señalar que "el Derecho Penal es la rama del derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social", pero añade que "las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derechos Penal, no integran propiamente a éste, son reglas paralelas al Derecho Penal, no obstante, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales, se consideran como pertenecientes a dicha rama del Derecho".<sup>120</sup>

Para **Francisco Pavón Vasconcelos**,<sup>121</sup> el Derecho Penal es "el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas

<sup>117</sup> Porte Petit Candauap, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal" Editorial Porrúa, S.A., Décimo Cuarta Edición, México, 1991, pág. 15

<sup>118</sup> De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa, S.A., Décimo Séptima Edición, México, 1991, pág. 237

<sup>119</sup> Mezger, Edmundo, "Derecho Penal" Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1990, pág. 27

<sup>120</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op.cit. supra*, nota 110, págs. 19 y 22

<sup>121</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, debidamente corregida y puesta al día, México, 1991, pág. 17

de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social". Que desde el punto de vista objetivo es "el conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica"; y subjetivamente como "la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir" o como señala **Cuello Calón**, que es el derecho a castigar, el *ius puniendi*

**Zaffaroni**, en pocas palabras refiere lo siguiente, "Dado que el derecho penal procura tutelar bienes jurídicos contra ataques que los afectan y lesionan con ello la seguridad jurídica, el derecho penal no puede menos que ser una rama del derecho público, es decir, de un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público".<sup>122</sup>

#### **1.- Concepto de Norma y Norma Penal.**

##### **Concepto de Norma (en sentido genérico):**

Según **Miguel Villoro Toranzo**, conceptualiza de la siguiente manera: "Una norma es una orden general, dada por quien tiene autoridad, para regular la conducta de otros. Es decir, "Una orden" es un mandato por el cual se pretende obligar a las normas mandadas; "Una orden general", por que *no se dirige a una persona en particular sino a una totalidad, categoría o generalidad de personas, que podrá ser muy extensa o también restringida, por ejemplo, todos los ciudadanos o sólo a los comerciantes, o, todavía más restringida, los comerciantes que sean comisarios de una sociedad anónima.*"

<sup>122</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit. supra, nota 112, pag. 44

*“Por eso se dice también que la norma es una regla general<sup>123</sup> es decir, una pauta o modelo de conducta, a la que deben ajustarse las conductas concretas: “Dada por quien tiene autoridad”, la autoridad es precisamente la potestad de mando, la que generalmente está limitada a un campo o esfera; “Para regular la conducta de otros”, así se señala el fin de toda norma; que el ordenado realice o se abstenga de una determinada conducta. Por conducta se entiende un modo de actuar, de comportarse, de realizar algo y hasta de abstenerse de intervenir. El que obedece a la norma está regulando su conducta conforme a la regla dada y contenida en la norma. Regular significa ajustar o medir conforme a una regla. Esto implica que en toda norma intervienen dos libertades: la de quien tiene autoridad que puede mandar o dejar de mandar, mandar ésto o aquéllo; y la del súbdito que puede obedecer o desobedecer el mandado”<sup>124</sup>*

La palabra norma, como la conceptualiza **Eduardo García Máynez**,<sup>124</sup> tiene dos sentidos, en sentido amplio, *lato sensu*, es toda regla de comportamiento, obligatoria o no; y en sentido estricto, *stricto sensu*, es aquella que impone deberes o confiere derechos; por lo tanto, aquellas que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de *normas*; éstas imponen deberes o conceden derechos.

La palabra norma significa regla de conducta; son la horma, las directrices, los caminos que ha de seguir el hombre para el mejor desarrollo de la sociedad. Los juicios normativos se refieren al deber ser, a la conducta a seguir, imponiendo deberes y concediendo derechos.<sup>125</sup>

Nosotros, consideramos, que la “Norma”, está formada por un conjunto de reglas, encaminadas a un fin, que es la convivencia social, que por el uso se ha decretado por la colectividad, su observancia obligatorias, siendo depositarias intrínsecamente de los derechos y obligaciones, básicos para el hombre.

<sup>123</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op.cit. supra*, nota 101, págs. 465 y 466.

<sup>124</sup> García Máynez, Eduardo, *op.cit. supra*, nota 116, pag. 4.

<sup>125</sup> Floresgómez González Fernando y Carvajal Moreno Gustavo. *Op.cit. supra*, nota 114, pag. 38.

### **Obligatoriedad de las Normas:**

Las normas, siendo un conjunto de reglas a seguir por la búsqueda de alcanzar un fin, deben de ser apreciadas y valoradas, ésta calificación las hace obligatorias necesariamente, pues sin su observancia, su existencia no tendría ningún objeto.

Respecto a esta obligatoriedad, a que debe estar constreñida la norma, **Villoro Toranzo**,<sup>12b</sup> señala que, "Por obligatoriedad se entiende aquella calidad que tiene algo para que pueda ser exigido como obligatorio; es decir, incondicionalmente, de manera absoluta, sin tolerar excusas, evasivas o pretextos": misma que se encuentra conformada por los siguientes seis elementos:

- "1) Una autoridad con capacidad de imponer algo como obligatorio;
- 2) Uno o varios súbditos, que después serán obligados;
- 3) Una norma que es la orden o mandato por el cual la autoridad impone a los súbditos algo como obligatorio;
- 4) Un contenido normativo que es aquello que se declara obligatorio para los súbditos;
- 5) Un vínculo, que es la obligación que une al súbdito o súbditos con lo mandado; y
- 6) Un valor que trata de proteger o desarrollar la norma".

### **Norma Jurídica:**

Es en este apartado, en donde el conjunto de reglas declaradas obligatorias en cuanto a su observancia por la colectividad, con el fin de mantener el orden y la paz social, toma vida jurídica, es decir, trascendencia en el campo de Derecho, pues son tomadas por el estado con el fin de declararlas jurídicamente obligatorias y necesarias.

---

<sup>12b</sup> Villoro Toranzo Miguel, op. cit. supra, nota 101, pag. 469

Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

La Norma Jurídica, podemos definirla como la regla dictada por el legítimo poder para determinar la conducta humana.<sup>127</sup> La norma jurídica, no consideramos que nazca del propio Estado, es la colectividad la que exige a éste, les reconozca un conjunto de reglas como normas jurídicas de carácter obligatoria, que en caso de incumplimiento tenga una trascendencia en el mundo fáctico, y por ende, en el campo del derecho.

También podemos definir a la norma jurídica señalando que, son aquellas disposiciones que el Poder Público por medio de sus órganos legislativos señala como obligatorias a la obediencia general y en caso de inobservancia las hace cumplir de acuerdo con los órganos judiciales.<sup>128</sup>

“La razón de ser de todas las normas jurídicas es ordenar la convivencia en una sociedad. Ninguna sociedad de hombres será posible sin normas reguladoras de las relaciones entre tales hombres, que los enlazan en posiciones recíprocas de poder-deber, derecho-obligación y que, a su vez, se integran en otras relaciones más complejas, formando instituciones reguladas por dichas normas. Así la característica más notoria de las normas jurídicas es su esencia social: son sociales, no sólo en el sentido de las normas morales y religiosas, en las que la autoridad y el súbdito constituyen una sociedad, sino muy especialmente en el sentido que los súbditos a los que se dirigen las normas jurídicas deben estar unidos en una sociedad”.

“El valor protegido por las normas jurídicas es el bien común, y éste presupone la existencia de una sociedad”; que consiste “en que la convivencia en sociedad de todos los miembros se haga en forma pacífica y ordenada”, además de “una ayuda y protección que se brinda a los miembros, de acuerdo con la naturaleza propia de la sociedad, y que produce en ellos una seguridad de poder superar sus limitaciones, por lo menos aquellas a las que corresponde el fin propio de una sociedad determinada”. Y se agrega, “Por eso el bien común de la sociedad política consiste en la realización duradera de aquellas condiciones

<sup>127</sup> De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. *Op. cit. supra*, nota 118, pág. 381

<sup>128</sup> Floresgómez González Fernando y Carvajal Moreno Gustavo. *Op. cit. supra*, nota 114, págs. 38 y 39

exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa. Las normas jurídicas, por lo tanto, determinan la contribución y participación que a cada quien corresponde en el bien común, de ese algo que complementa las limitaciones de los individuos aislados y que, una vez obtenido, les proporciona seguridad. "Las normas jurídicas están ordenadas, por tanto, al perfeccionamiento de la vida social, que se alcanza con la realización del bien común ...", se trata de "coordinar varias voluntades y las acciones que de aquellas derivan, de acuerdo con un criterio igualmente racional".

#### **Características de las Normas Jurídicas.**

Las normas jurídicas, se caracterizan por ser obligatorias al imponer deberes y otorgar derechos porque consignan un mandato imperativo. Es decir, toda norma jurídica debe contener un mandamiento de observancia general y estar respaldada por la sanción aplicable al infractor.

En cuanto a este renglón **Villoro Toranzo**, señala que se encuentra conformado de los siguientes elementos: "estabilidad y uniformidad, predominante exterioridad, coercibilidad y bilateralidad creadora de deberes y derechos correlativos".<sup>129</sup>

Como principales características de las normas jurídicas encontramos, señaladas por **Eduardo García Maynez**,<sup>130</sup> que primeramente son *bilaterales*, ya que imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones; son preceptos de derechos, normas *imperativo-atributivas*, es decir, imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades; es *externo*, se preocupa por los actos exteriores sólo en tanto que descubren la bondad o la maldad del proceder humano; *coercibles*, entendida como la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma espontánea, e incluso en contra de la

<sup>129</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit. supra*, nota 101, pág. 479

<sup>130</sup> Cfr. García Maynez, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 116, pág. 15

voluntad del obligado, independientemente de la existencia de una sanción; y, *heterónomas*, como sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa, es decir el origen de la normas jurídicas no radica en el libre albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente, el legislador.

Tomando como lineamiento, los conceptos de **Edgardo Peniche López**, podemos concluir, como elementos de las Normas Jurídicas, en una forma muy concreta, los siguientes: Primero, cabe señalar que, en las Normas Jurídicas, su *interés* lo encontramos radicado en los actos del hombre, cuando éstos afecten o puedan afectar directa o indirectamente a sus semejantes, el valor de la conducta humana radica no en sí misma, sino cuando ésta interesa a quienes lo rodean, a la sociedad a la que forma parte. Las normas jurídicas, tienen la característica de la *bilateralidad*, que quiere decir que al mismo tiempo que imponen obligaciones otorgan derechos, por lo que en tal razón, frente a un obligado existe otra persona facultada para reclamarle el cumplimiento de esa obligación. Su ámbito de interés, tiene *carácter externo*, en la exteriorización de la voluntad. Es *coercible*, es decir, tiene la posibilidad de obligar al cumplimiento de las normas jurídicas por la vía del proceso judicial, así como exigir su cumplimiento mediante la amenaza e imposición de una sanción. Y por último, la norma jurídica, es *heterónoma*, en tal virtud que el derecho es establecido de una manera objetiva, con independencia de lo que el sujeto piense, éste está obligado a acatarla con independencia de su opinión particular en relación con la norma impuesta.

Para **Edgardo Peniche López**,<sup>131</sup> la característica más importante y fundamental de las Normas Jurídicas, es aquella relativa a la *Imperatividad*, que consiste en consignar una orden o mandato que invariablemente debe cumplirse, aún por los medios de apremio que el Derecho mismo establece previamente; y es el Estado depositario y administrador de la fuerza que generan los grupos que exteriorizan los medios de apremio para compeler a quienes se sublevan contra la norma, en razón de que el mandato va dirigido a los sus súbditos, sin que exista dificultad alguna para acatarla ante el temor de una sanción; y

<sup>131</sup> Cfr. Peniche López, Edgardo, *op. cit. supra*, nota 102, pag. 28

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

siendo el derecho, la norma imperativa, por sí mismo lleva en germen del triunfo y la razón, -y concluye- tanto el hombre particular como la super-estructura que es el estado deben someterse al imperio augusto de la norma, pues que de otro modo la tiranía y el despotismo provocarían su destrucción.

Podemos concluir que las características esenciales de las normas jurídicas es que son: *bilaterales, coercibles, heterónomas y externas.*

Entendiendo la *bilateralidad* como la imposición de deberes y concesión de derechos al mismo tiempo, existiendo una persona jurídicamente obligada frente con su correlativo derecho a exigir el cumplimiento de una obligación.

La *Coercibilidad* como la posibilidad de obligar al cumplimiento de la obligación aún en contra de la voluntad de quien es responsable de ello, la facultad de hacer valer el derecho mediante la intervención de las autoridades judiciales en los supuestos de violación de la norma jurídica. Aquí es en donde podemos establecer la facultad imperativa de la norma jurídica, su obligación a observancia y cumplimiento, aunque para ello se justifique el uso de la fuerza.

Como *Heteronomía*, debemos entender su emanación de las normas jurídicas de diferentes voluntades, de su creación por el legislador para su observancia de toda la colectividad, con independencia de su querer volitivo o cognoscitivo.

Y por último, su *exterioridad*, se deriva de que sólo califican los actos externos de los hombres, sin tomar en cuenta el estímulo psíquico que los impulsa.

**Norma Penal:**

Como Norma Penal, debemos entender a criterio del Maestro **Porte Petit**,<sup>132</sup> como aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad).

Para **Eduardo López Betancourt**,<sup>133</sup> la norma penal es un presupuesto del delito, cuya existencia jurídica es indispensable para la existencia del delito, para la realización de la conducta o hechos descritos por la misma norma penal, es decir, si no hay norma penal, que describe una conducta ilícita, no hay delito.

Debiendo considerarse la norma penal, comprendiendo tanto el precepto descriptivo como su sanción. **Massari** ha hecho notar, a este respecto, que "uno de los presupuestos fundamentales del delito, es el precepto penalmente sancionado, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta."<sup>134</sup>

La norma penal, es la regla jurídica, que intrínsecamente contiene el juicio valorativo de una conducta, descripción de un acto ilícito, fin subjetivo de prevención, e integrada una sanción para quien no la observe, razón por la cual es el presupuesto necesario para la existencia del delito, pues ésta es quien valorara la ilicitud del acto humano.

---

<sup>132</sup> Cfr. **Porte Petit** Candaudap. Celestino, *op. cit. supra*, nota 117, pág. 109

<sup>133</sup> Cfr. **López Betancourt**, Eduardo, "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1996, pág. 33

<sup>134</sup> *Ibid.*, cita de, págs. 33 y 34

## **2.- Elementos de la Norma Penal.**

### **Elementos comunes de las normas:**

Ahora bien, nos corresponde analizar en este apartado, los elementos esenciales que dan vida a la norma penal, su estructura que lo conforma, y la hace ser lo que es y no otra cosa.

“Puesto para que exista una norma, debe darse alguien que posea autoridad o potestad de mando y otro alguien que reciba ese mandato, es evidente que todas las norma, sea cual fuere su especie, presupone la existencia de a) una sociedad, b) con alguien que posea autoridad, y c) con por lo menos un súbdito. Además, es común a todas la normas la obligatoriedad. Para que una sociedad pueda funcionar como tal debe tener un fin propio, compartido por todos los miembros , y encauzar las conductas de ellos al fin social”.

“Por lo tanto se resume que, en base a lo citado por los antiguos romanos de que, donde hay una sociedad hay Derecho: ubi societas ibi ius, si no hay sociedad sin normas, tampoco hay normas sin sociedad”.

“La norma es, por lo tanto, un fenómeno esencialmente social, ordenador y regulador de las conductas de los miembros de una sociedad de acuerdo con el proyecto social”.

“La autoridad se encuentra también en relación esencial con la sociedad. En otras palabras: toda sociedad necesita un autoridad para existir, sobrevivir y desarrollarse como sociedad; la autoridad es la potestad de mando, que debe ser ejercida tanto para mantener

unida y ordenada internamente a la sociedad, dirigiendo a todos los miembros al cumplimiento del fin o fines sociales, como para poder defender la integridad de esa sociedad frente a las realidades y peligros extrasociales". A la autoridad que es poseedora de la potestad de mando, es también nombrada gobernante, por lo tanto, el gobernante es quien posee la autoridad. Por lo que "la norma es una orden por la cual quien tiene autoridad impone una conducta obligatoria a sus súbditos".<sup>135</sup>

**Porte Petit**,<sup>136</sup> refiere como elementos de la Norma Penal, en sentido estricto, los siguientes:

- a) El precepto, y
- b) La sanción.

Cabe hacer mención que, precepto y pena son dos términos integrados recíprocamente en la norma penal, es sus aspectos técnico jurídico, psicológico y sociológico. Y, en criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que de acuerdo a la teoría General del delito, toda norma jurídica y particularmente la norma penal, está compuesta de un presupuesto y una sanción, y que el precepto consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido (Semanao Judicial de la Federación, CXXII, pág. 110-111).

Ahora bien, por cuanto toca al precepto, este contiene la figura delictiva, y funciona de la siguiente manera.

- a) En forma positiva, es decir, manda, ordena, o
- b) En forma negativa, conteniendo una prohibición.

Y la sanción se encuentra reflejada en la punibilidad.

<sup>135</sup> Vjlloro Toranzo, Miguel, *op. cit. supra*, nota 101, págs. 466, 467 y 468

<sup>136</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, *op. cit. supra*, nota 117, pág. 109

Pero objetivamente, la norma debe ir enfocada, para que sea efectiva, a un receptor, los destinatarios del derecho penal, todos aquellos individuos sin distinción de ninguna especie, que tienen obligación de acatar, de obedecer a las leyes penales, los destinatarios y a quien se dirige la norma penal son:

- a) A los Organos del Estado;
- b) A los Súbditos;
- c) Directamente a los Organos del Estado e indirectamente a los súbditos;
- d) A los Organos del Estado como a los súbditos; y
- e) El precepto a los súbditos y la sanción a los Organos del Estado.

En tal virtud, Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>137</sup> refiere que los destinatarios de las normas penales son todos los habitantes, pero también los Organos del Estado, pero particularmente los encargados de las resoluciones judiciales, los órganos jurisdiccionales. Haciendo la distinción que las normas penales para ambos se dirigen de distinta forma, es decir, tanto a los ciudadanos como a los jueces se dirigen para que no las violen, pero a éstos últimos, no se les dirige para que ellos las violen, sino para que no las violen, es decir, para que las tomen como criterio para resolver y determinar consecuencias jurídicas, puestas a su consideración.

### **3.- Concepto de Delito.**

La palabra delito tiene su derivación del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

---

<sup>137</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit. supra*, nota 112, pág. 91

Las circunstancias sociales, política, filosóficas de cada pueblo, así como las diversas épocas históricas, han influido en la concepción del delito, por lo que no es posible encontrar de manera uniforme una conceptualización, pues lo que en un determinado lugar y tiempo el lícito para unos, no lo es para otros, sin embargo las escuelas del Derecho Penal han realizado diversas conceptualizaciones al respecto, que caracterizan al delito jurídicamente por sus elementos esenciales que lo conforman.

De tal virtud que, la Escuela Clásica, representada por **Francisco Carrara**, define al delito como “la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.<sup>138</sup> para dicho tratadista, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, pues su esencia radica en la violación del Derecho; denomina al delito como la infracción a la Ley del Estado, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella, pues dicha Ley fue promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad.

Para la Escuela Positivista, representada por el jurista **Rafael Garófalo**,<sup>139</sup> considera al delito como un fenómeno natural, por lo que lo conceptualiza señalando que, es la violación de los sentimientos al truísta de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Es el delito natural, una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.<sup>140</sup>

**Mezger**, no utiliza la denominación de delito, sino la de “hecho punible”, el cual considera como “el conjunto de los presupuestos de la pena.”; y agrega que, “Delikt (delito)

<sup>138</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, págs. 125 y 126

<sup>139</sup> *Ibid.*, págs. 126

<sup>140</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit. supra*, nota 121, pág. 163

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

es el nombre genérico de la infracción culpable de la norma. De ahí, que se debería hablar de delito jurídico-penal”<sup>141</sup>

Filosóficamente es estimado el delito, como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal. Sociológicamente es definido como una acción antisocial y dañosa.<sup>142</sup>

Por lo que corresponde a nuestro interés, consideramos necesario exponer una concepción del “delito”, que a saber ha sido formulada por uno de los más contemporáneos juristas, tal vez su nombre no a hecho gran eco dentro del gremio de la abogacía, pero es uno de los influenciadores de la creación de una Ley Punitiva para combatir a la Delincuencia Organizada, de donde deriva el objeto de estudio del presente trabajo, nos referimos al Licenciado Eduardo Andrade Sánchez, actualmente integrante del Senado de la República, quien expone que “el delito es una conducta que la sociedad considera contraria a sus valores, y por esa razón la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante desde el punto de vista moral o material para el individuo que ha transgredido la norma y que debe de ser castigado”, desde este punto de vista, “esas sanción debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales porque se estima que la propia sociedad genera el fenómeno delictivo”, de ésta concepción, basa el citado jurista, la existencia del fenómeno delictivo, como el mismo llama a la Delincuencia Organizada, y concluye diciendo que partiendo de la base de que “el delito es un fenómeno comunitar a la sociedad, ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente mientras la humanidad sea humanidad el mismo no se erradique por completo. Empero, la lucha contra él, a lo largo del tiempo se ha ido perfeccionando mediante el empleo de instrumentos científicos que permiten analizar las conductas delictivas y diseñar los métodos para enfrentarlas. Así, encontramos que el delito puede manifestarse como el resultado de diversas causas: la necesidad, la reacción violenta

<sup>141</sup> Mezger, Edmundo, *op. cit. supra*, nota 119, pág. 77

<sup>142</sup> Payon Vascócelos Francisco, *op. cit. supra*, nota 121, pág. 163

de venganza en contra de alguien, la envidia; toda la variedad de impulsos anímicos por lo que un individuo transgrede o viola las normas jurídicas."<sup>143</sup>

Ahora bien, nos corresponde ubicar al delito dentro del marco jurídico, su noción jurídica formal, en el que el delito, podemos definirlo legalmente de acuerdo a nuestro sistema de derecho positivo mexicano, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales,<sup>144</sup> es decir, es aquella conducta positiva o negativa encaminada a infringir la norma penal, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicamente tutelados por la misma.

#### **4.- Elementos del Delito.**

Por lo que hace al presente apartado, y debido al actual auge que se ha dado entre las principales corrientes doctrinarias analíticas tratantes de la Teoría del Delito, Causalista y Finalista, una de las cuales dejo de ser el lineamiento por el que se conducían nuestros Cuerpo Legales de la materia, para dar paso a la siguiente, suscitando con ésto un cambio substancial a la practica común judicial, de tal forma que aun y cuando no es la materia objetiva del estudio del presente trabajo, si es menester hacer el señalamiento concreto de los llamados elementos que conforman el delito de acuerdo a las concepciones divergentes de ambas corrientes doctrinarias, con el fin de hacer, en cierta forma, más comprensible el objeto del presente estudio, con independencia de la doctrina a la que se encuentre apegado nuestro lector.

<sup>143</sup> Andrade Sánchez, Eduardo, "Instrumento Jurídicos contra el Crimen Organizado". Coedición de la Universidad Nacional Autónoma de México y Senado de la República. LXVI Legislatura. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: varios, número 72. México, 1996. págs. 13 y 14

<sup>144</sup> Artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Cabe hacer la aclaración, antes de iniciar el estudio del presente apartado, teniendo como base el gran acervo de obras tratantes del tema de referencia, que la Teoría Causalista, analiza a la "Acción", objeto de su estudio, como un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; la consecuencia en mención puede consistir tanto en un puro movimiento corporal, conducta activa positiva, como de su consecuencia resultante ocasionado por el sujeto activo en el mundo exterior, provocando un resultado en el mundo fáctico.<sup>145</sup>

Por cuanto hace a la corriente doctrinal contrapuesta a la anterior, la Teoría Finalista de la Acción, ubica su elemento de estudio señalando que a la acción no sólo se le puede ubicar como un proceso causas dependiente de la voluntad, sino que debe de ser por su propia esencia, que es el ejercicio de la actividad final; ésta finalidad obedece a la capacidad que tiene el hombre para prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso apegado al trazo de un plan que lo llevará a la meta visualizada, utilizando los recursos necesarios. Los finalistas consideran a la voluntad como el medio conductor de la determinación del acto causal exteriorizado, es decir, el agente para cometer un hecho delictivo piensa en el mismo, realiza la conducta ilícita, porque es su voluntad concertar su fin, siendo por el acto volitivo por el que aparece el delito, en resumen, para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo.<sup>146</sup>

Estudiaremos primeramente al "Sistema Causalista".

El Sistema Causalista, encuentra su nacimiento con la aportación de *Franz Von Liszt*, en el que apoyándose en la conceptualización de la acción o acto, es considerada como un fenómeno causal naturalístico como la esencia básica inicial y cimentadora de la Teoría del Delito. Aunado a lo anterior, la *Escuela Clásica*, primera corriente doctrinal

<sup>145</sup> Cfr. López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, supra, nota 133, pag. 5

<sup>146</sup> Cfr. *Idem.*, pag. 7

moderna del derecho penal, de la que su principal expositor es *Francisco Carrara*, se objetiva primordialmente en el estudio del delito como un ente jurídico que viola el derecho y por tal razón debe de ser sancionado. Emanando de tal criterio la famosa conceptualización del delito aportada por *Carrara*, la cual versa en este sentido: "Delito es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". Desprendiéndose de la composición del delito dos elementos, uno moral y otro físico, consistente el primero en la voluntad inteligente del hombre, y de entre la voluntad y la inteligencia surge la intención, siendo ésta última directa (dolosa) o indirecta (culposa), integrándose la fuerza moral por el conocimiento de la Ley, la previsión de sus efectos, la libertad de elegir y la voluntad de obrar; y el segundo elemento físico o externo, es el movimiento corporal o su ausencia, productor del resultado causado. En resumen, dicho jurista hace la consideración del delito como un ente jurídico conformado por presupuestos y elementos, radicado en la Ley, que son necesarios para la integración de una figura delictiva.<sup>147</sup>

Posteriormente se da el surgimiento de la *Escuela Positivista*, representada por *Enrique Ferrí*, la cual considera al delito como un fenómeno natural y social, producto de factores antropológicos, sociales y físicos. Por tal virtud el delincuente debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, pues carece de sentido la pena con fines represivos en él; por lo que el derecho penal debe tener un fin preventivo, nunca represiva. De las dos corrientes anteriores, surge una *Tercera Escuela o Escuela Crítica*, que eclécticamente toma la negación del libre albedrío de la *Escuela Positivista* y acepta la distinción entre imputables e imputables de la *Escuela Clásica*, considerando la imputabilidad como la aptitud para sentir la amenaza de pena.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, "Teoría del Delito" Sistema Causalista y Finalista". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1996, págs. 1 a 5

<sup>148</sup> Cfr. . *Idem*, págs. 5 y 6

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

De tal virtud, tenemos como elementos esenciales integrantes del delito a los siguientes, tanto en su forma positiva como negativa, de los cuales se considera que a falta de uno de ellos no puede darse la configuración de un delito.

**Aspecto Positivo**

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad Objetiva
- g) Punibilidad

**Aspecto Negativo**

- a') Falta de Acción
- b') Ausencia de Tipo
- c') Causas de Justificación
- d') Causas de Inimputabilidad
- e') Causas de Inculpabilidad
- f') Falta de Condición Objetiva
- h') Excusas Absolutorias

A continuación, en forma condensada abarcaremos la conceptualización e integración de cada uno de los elementos anteriormente referidos.

**a) La Actividad.**

La actividad, llamada también conducta, es definida como el "comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."<sup>149</sup>

López Betancourt, define a la conducta como "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.", y agrega "Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión".<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, pág. 153

<sup>150</sup> López Betancourt, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 133, pág. 73

**Mezger**, refiere "El hecho punible es conducta humana. Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores. Una característica es común a todos los hechos punibles; éstos son siempre y en todas partes una conducta humana determinada.

Sólo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. Existieron, hace tiempo, penas y procesos contra los animales, pero ya han desaparecido."<sup>151</sup>

La acción o el acto humano, nacen del movimiento corporal que producirá un cambio en el mundo fáctico, dándose una relación de causalidad entre éstos. Para la Teoría Causalista<sup>152</sup> el estudio del acto o acción, se centra en la fase externa, la interna corresponde a la culpabilidad, en donde se analiza si el contenido de la voluntad es de carácter doloso o culposo. Por lo que en la acción solo debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no su porque o su finalidad. Y considera, como subelementos del acto, considerado en forma general, a los siguientes:

a) Manifestación de la voluntad, consistente en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal tratándose de una acción, o inactividad tratándose de omisión.

b) Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior o fáctico, causado por la manifestación de la voluntad (acción), o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza (omisión).

c) Un nexo causal, radicada en el acto, acción o conducta ejecutada por el sujeto, que produce el resultado previsto en la ley, existiendo una relación entre éstos de causa a efecto.

<sup>151</sup> Mezger, Edmundo, *op. cit. supra*, nota 119, pág. 78

<sup>152</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, págs. 10 y 11

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Debemos especificar las dos formas de aparición de la Actividad Delictiva, basándonos de la definición que de delito nos da la corriente teórica de referencia, las cuales son y se conceptualizan de la siguiente forma:

a) **La acción o acto positivo**, que en estricto sentido, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Es la realización de un acto de prohibición, infringiendo una ley prohibitiva.

b) **La omisión o acto negativo**, que consiste en una abstención de obrar, simplemente es una abstención, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, o dejar de actuar conforme a lo querido y esperado por la norma. Se deja de hacer lo expresamente mandado, infringiendo de tal forma una ley dispositiva.

La omisión debe de considerarse en dos aspectos, el primero denominado la omisión simple u omisión propia, la cual contiene como elementos una voluntad o no voluntad tratándose de los delitos de olvido, una inactividad y un deber jurídico de obrar, por lo que es un no hacer, voluntario o culposo, que viola una norma preceptiva, produciendo un resultado típico; y el segundo denominado comisión por omisión u omisión impropia, consistente en una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, de normas una preceptiva y otra prohibitiva, consistente en la producción del un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y otra prohibitiva, requieren un cambio en el mundo fáctico.<sup>153</sup>

Concretizando, la acción contiene en esencial dos elementos configurativos de su aparición: a) un movimiento corporal, derivado del libre albedrío imputable al hombre; y b) la provocación de un resultado, exteriorizado en el mundo fáctico.

---

<sup>153</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, SUPJA, nota 110, pág. 152 y 153

**a) La Falta de Acción.**

La falta de acción o también denominada ausencia del acto, acción o conducta, que afecta a la integración del delito, por lo que ante la ausencia de la conducta evidentemente no habrá delito. Por lo que la ausencia de conducta es uno de los elementos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito; por ello es que la conducta es también llamada soporte naturalístico del ilícito penal.<sup>154</sup>

Este aspecto negativo del delito, se presenta cuando falta alguno de sus sub-elementos, dando origen a la ausencia de conducta, a la inexistencia del resultado y a la falta de una relación de causalidad entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado.<sup>155</sup> En concreto, entre los aspectos negativos de la ausencia de conducta encontramos:

a) La fuerza física exterior irresistible. "Se presenta cuando un sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntario que produce un resultado físico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue instrumento involuntario de otro sujeto."<sup>156</sup> Que llamaríamos, de acuerdo a otros doctrinarios, la *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible, que tiene su esencia en el fenómeno que lo provoca, es decir deriva de una fuerza o energía humana.

b) La *vis maior* o fuerza mayor. Que derivada de la naturaleza, es una energía no humana, es el instrumento con el que se concretiza la afectación o puesta en peligro tutelada por la norma penal violada.

<sup>154</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 162

<sup>155</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, pág. 16

<sup>156</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 16

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

c) Los movimientos reflejos. Considerados éstos de tal forma, en virtud de que ante su presencia se muestra la falta del elemento volitivo por parte del sujeto activo del delito, son movimientos corporales involuntarios.

- |                    |   |
|--------------------|---|
| d) El sueño.       | Considerados de tal forma en virtud de que el sujeto activo del delito no tiene dominio o   |
| e) El hipnotismo.  | voluntad sobre ellos, pero otros tratadistas no los consideran de tal forma, aludiendo que en tal estado  |
| f) El sonambulismo | la conciencia se encuentra suprimida y no tiene fuerzas inhibitorias, por lo que realiza una actividad o inactividad sin voluntad, y los enmarcan dentro de las causas de inimputabilidad, faltan los elementos cognoscitivo y volitivo de la acción. |

**b) La Tipicidad.**

Elemento constitutivo del delito que ha sido definido genéricamente como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley, al tipo penal, definido éste como la descripción legal de una conducta delictiva, la adecuación de la conducta al tipo penal. En otras palabras, es la consideración del teorema enunciado como *nullum crimen sine tipo*, en concreto, la descripción de una conducta al tipo.

El tipo penal, ha sido considerado como una descripción legal de una conducta señalada como delictiva por la Ley.

Dentro de un gran volumen de innumerables definiciones al respecto, podemos citar algunas de ellas que creemos las más importantes.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Para **Javier Alba Muñoz**,<sup>157</sup> el tipo penal es la descripción legal de la conducta y del resultado, es decir, acción y resultado comprendidos en un solo acto el tipo penal.

**Francisco Blasco y Fernández de Moreda**, refiere que “la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”. Relativo a lo anterior, **Laureano Landaburu**, “la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”. Por lo que hace a **Jiménez de Asúa**, este expresa que la tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley en cada especie de infracción”. Y finalmente **Jiménez Huerta**, considera que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”.<sup>158</sup>

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha externado su criterio relativo a la consideración de la tipicidad, estableciendo en el Semanario Judicial de la Federación, CXVII, p. 731, lo siguiente: “Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el ociso fue justificado o excluyente de la actividad, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto inculminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora

<sup>157</sup> Cita de Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, supra, nota 110, pag. 168

<sup>158</sup> Cfr. citas de López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, supra, nota 133, pag. 107

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos".<sup>159</sup>

Por lo anterior, podemos concluir la importancia que tiene para la Teoría del delito la configuración del elemento "Tipicidad", ya que si no existe esta acreditación, entonces no habrá delito que perseguir. Por lo que finalmente la tipicidad se considera el precedente indispensable, necesario, indiciario de la antijuridicidad.

Aquí hay que señalar que, la tipicidad, es aquella figura jurídica referente a la conducta adecuada a una descripción normativa penal, y la del tipo penal, que es la propia descripción legal, la hipótesis delictiva plasmada en la Ley por el Legislador; o como refiere **Zaffaroni**, "No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la Ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal."<sup>160</sup>

**b) La Ausencia del Tipo.**

Aquí encontramos, primeramente que la ausencia de atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo, por lo que si una conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa, es decir, surge cuando existe el tipo, pero no se adecua a él la conducta exteriorizada; y en segundo lugar la ausencia de tipo, ésta se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.<sup>161</sup>

De la Atipicidad, de acuerdo a los diversos tratadistas de la Teoría Causalista, encontramos las siguientes causas que la provocan.

<sup>159</sup> Cita, *ibid.*, págs. 107 y 108

<sup>160</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit. supra*, nota 112, pág. 393

<sup>161</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, págs. 174 y 175

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;
- b) Si falta el objeto material;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos;
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial;
- g) la falta del bien jurídicamente tutelado por la norma penal;
- h) Que no exista manifestación de la voluntad;
- i) Que no se de el resultado previsto por el tipo; y
- j) Al no existir una relación causal.

**c) La Antijuridicidad.**

Dentro del gran criterio jurídico, es de generalizada aceptación, la concepción de este elemento, al señalar que lo antijurídico es todo lo contrario al Derecho.

Cabe hacer mención aquí que, conforme a la redacción de nuestras normas penales las conductas señaladas como ilícitas no están contradiciendo a la norma penal, sino más bien, se están apegando a lo que ellas establece, el individuo adecua su conducta a la descripción legislativa, al tipo penal, no estamos diciendo que éste mal dicha concepción, por el contrario, el individuo exterioriza una acción típica, apegándose al supuesto legal, pero con ello, contradice el objetivo legislativo, afectando o poniendo en peligro los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal.

Se es antijurídica una conducta porque, su desenvolvimiento es contrario a lo querido y esperado por la norma penal. Es en este elemento conformante del delito, en donde se realiza un juicio valorativo para apreciar si una conducta contraviene o no un mandato prohibitivo o dispositivo de un Ordenamiento Legal Punitivo. Ante tal aparente

contraposición de la antijuridicidad, citando a **Sebastián Soler**, podemos extraer su criterio al respecto, ya que señala que no basta observar si la conducta, desplegada por el sujeto activo del delito, es típica, sino además verificar si la misma cumple con el requisito de adecuación externa, constituye una violación al Derecho. El citado autor refiere textualmente que: "Nadie ha expresado con más elegancia que **Carrara** ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una *disonancia armónica*, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora."<sup>162</sup>

**Fernando Castellanos Tena**, en resumen dice que "la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo."<sup>163</sup>

Para **Sergio Vela Treviño**, la antijuridicidad es "el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado".<sup>164</sup>

A criterio de **López Betancourt**, la antijuridicidad se puede considerar como la conducta desplegada por un ser humano, que para que sea delictiva, necesariamente deberá contravenir la normas penales. La antijuridicidad es el choque entre la conducta y el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.<sup>165</sup>

Ahora bien, de lo anterior podemos desprender, lo que llaman los tratadistas de la doctrina dualista, los aspectos de la antijuridicidad formal y material, por ejemplo **Franz Von Liszt**, refiere que el acto será formalmente antijurídico cuando implique una

<sup>162</sup> Cfr., cita de Castellanos Tena, *op. cit. supra*, nota 110, pag. 178

<sup>163</sup> *Ibid.*, pag. 178

<sup>164</sup> Cfr. cita de Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, pag. 26

<sup>165</sup> Cfr. López Betancourt, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 113, pag. 139

**Inconstitucionalidad de los Art. 4 º y 7 º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

transgresión a una norma estatal y materialmente antijurídico en cuanto signifique una contradicción a los intereses de la colectividad; Cuello Calón, al respecto dice que la primera, se da con la rebeldía contra la norma jurídica, y la segunda, es el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía; Villalobos, en igual sentido considera la antijuridicidad formal como la infracción de las leyes, y la antijuridicidad material es el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan.<sup>166</sup>

Y atendiendo al aspecto negativo de la antijuridicidad, podemos señalar que una conducta será típicamente antijurídica, cuando no se encuentre amparada por alguna causa de justificación.

**c) Las Causas de Justificación.**

Estas son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de la conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito: en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber, la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho.<sup>167</sup> Para Luis Jiménez de Asúa, las causas de justificación son definidas como las excluyentes de la antijuridicidad de una conducta que pueden encuadrarse a un tipo penal, pero en la que falta el carácter de antijurídico, de ser contraria al derecho.<sup>168</sup>

Como Causas de Justificación, de acuerdo a un criterio uniforme, tenemos las siguientes:

1 - Legítima Defensa. Considerada como el repeler una agresión, real, actual o inminente, sin derecho, por lo tanto antijurídica, por parte del atacado o por terceras personas en contra del agresor, atacante, en defensa de bienes jurídicamente tutelados por

<sup>166</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.,supra*, nota 110., págs. 180 y 181

<sup>167</sup> *Ibid.*, págs. 183

<sup>168</sup> Cfr., *cit.* de Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op.cit.,supra*, nota 147., pág. 30

**Incongruente de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

normas penales, propios o ajenos, éstos últimos sobre los cuales tenga el deber de cuidado, siempre y cuando esta repulsa sea más que lo necesario para lograr la salvaguarda de los bienes, es decir, racionalmente válida.

2 - Estado de Necesidad. Esta se presenta, cuando existe un conflicto de bienes jurídicamente tutelados por el Derecho, cuando para salvaguardar a uno de ellos se tenga que sacrificar la destrucción de aquél de menor valor.

3 - Cumplimiento de un deber. Se esta en esta hipótesis, cuando existe la necesidad racional de cumplir con ese deber.

4 - Ejercicio de un derecho. Debe de externarse una conducta apegada a dicha causa de justificación, con la existencia racional de el cumplimiento de ese ejercicio de un derecho.

5 - Obediencia jerárquica. Cuando la conducta se ve licitada por la importancia, o la trascendencia que representa para el sujeto activo el no cumplir con esa ordenanza, la cual debe ser de su afección.

6 - Impedimento legítimo, esta supuesto se presenta, cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en cumplimiento de una Ley, no lo hace, con base en una causa igualmente fundada en la ley, tal como sucede con el secreto profesional.

**d) Imputabilidad.**

Nos toca ahora analizar, más detalladamente, el elemento del delito denominado "Imputabilidad", que causa gran relevancia en el presente trabajo, por ser uno de los pilares en los que nos basaremos para respaldar las hipótesis que pretendemos probar.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Este elemento, que a nuestro criterio es un presupuesto de la culpabilidad, ha sido considerado por Maggiore de la siguiente forma: "La imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad."<sup>169</sup> Esto basado en la presunción de posesión de libre albedrío de que es poseedor el ser humano, por su capacidad de racional.

Por lo que considerando que para que un sujeto sea culpable de la comisión de una conducta típica y antijurídica, es menester que sea imputable, considerada ésta como la capacidad de conocer, entendimiento, y el querer el acto ilícito, los elementos cognoscitivos y volitivos de la antijuridicidad de su conducta, es decir, conocimiento de que su conducta es ilícita y su deseo de ejecución, por lo que la imputabilidad es aquella capacidad que necesariamente requiere un sujeto para tener capacidad en el derecho Penal.

Esta es la definición que para la imputabilidad da el maestro **Castellanos Tena**, diciendo es la "capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.", y el mismo autor, citando a **Carrancá y Trujillo**, señala que será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana. Y el citado autor realiza su conclusión refiriendo que, la imputabilidad "es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo." La imputabilidad está determinada por un mínimo de físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental, éste último en dos aspectos, salud y desarrollo mental, que se relaciona con la edad.<sup>170</sup>

<sup>169</sup> *Ibid.*, pág. 34

<sup>170</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, pág. 218

Al respecto, agregamos lo referido por López Betancourt, quien señala que la imputabilidad es la capacidad que querer y entender en el campo del Derecho Penal, y aclara que, querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión. Por lo que el individuo requiere de dos condiciones para ser considerado imputable, la primera es una edad biológica, y la segunda una edad mental.<sup>171</sup> El hombre debe de ser capaz de querer el resultado delictivo que ejecuta, y de entender el carácter ilícito de su conducta, así clasificada dentro del campo del Derecho Penal.

Por lo anterior, podemos desentrañar los dos elementos indispensables para la existencia de la imputabilidad, ellos son tratados por **Alberto Orellana**,<sup>172</sup> que a saber son:

- a) Un límite físico, de edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable. De acuerdo al Derecho Positivo Mexicano, es a partir de 18 años de edad.
- b) Un límite psíquico, que es la capacidad de querer y entender la naturaleza de una conducta antijurídica.

Por lo que concierne a la edad del sujeto penalmente imputable, es muy variada de acuerdo a las divergentes legislaciones, tanto, locales, federales, de los países, de ahí que podemos encontrar señalamientos desde los 15 años de edad, pero en la generalidad es de 18 años.

Señala, **López Betancourt**, que "la imputabilidad conforme al Código Penal, interpretado a *contrario sensu*, contiene un elemento intelectual de conocimiento: la capacidad de comprensión de lo injusto, que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un elemento de voluntad: conducirse de acuerdo con esa comprensión, de tal manera que sólo

---

<sup>171</sup> López Betancourt, Eduardo. *op. cit. supra*, nota 133, pag. 170

<sup>172</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, pag 35

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

la concurrencia de estos dos elementos de capacidad y determinación de la voluntad, originan la inimputabilidad; y su ausencia, da lugar a la inimputabilidad". Y agrega que, "la capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética. La capacidad de querer, consiste en determinar la voluntad, para realizar el hecho; es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas".<sup>171</sup>

Otro punto adyacente a la imputabilidad, tratante por la Teoría Causalista, es el de las *acciones liberae in causa*, acciones libres en su causa, renglón éste en desacuerdo con los Finalistas, quienes consideran plenamente imputable al sujeto que incurre en ellas, y deberá responder por su conducta a título de dolo o culpa; pero los Causalistas definen esta figura como una disminución de la imputabilidad, y siendo que ésta debe de existir al momento de la ejecución del hecho típico, pero el sujeto activo antes de ejecutar el acto doloso o culposo, se coloca en una situación de inimputable, y en esa condiciones delinque.

**d') Causas de Inimputabilidad.**

Este es el aspecto negativo de la imputabilidad, que se presentan cuando un sujeto habiendo ejecutado una conducta típica y antijurídica, no es imputable, en virtud de carecer de los límites físico y psíquico exigidos por la ley penal, que en su caso sancionaría la conducta. Que en general es considerada, la falta de edad límite para ser sujeto imputable del derecho penal, o que teniéndola, no posea la capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta.

La inimputabilidad consiste en la incapacidad de querer y entender en el campo del Derecho. Al respecto, **Jiménez de Asúa**, refiere que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente

<sup>171</sup> Cfr. López Belancourt, Eduardo, pp. xii, supra, nota 133, págs. 176, 177 y 179

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró". López Betancourt, plantea como supuestos de este aspecto negativo el delito, primero: La Inmadurez Mental, nombrada también Falta de Desarrollo Mental, representada en los menores y en el trastorno mental; segundo: el Trastorno Mental Transitorio; tercero: la Falta de Salud Mental; y cuarto: el Miedo Grave.<sup>174</sup>

El Maestro **Fernando Castellanos Tena**, señala como causas de inimputabilidad los siguientes: a) Estado de Inconsciencia, permanentes y transitorios, designados legalmente como trastorno mental y desarrollo intelectual retardado; b) Miedo grave; y c) La sordomudez.<sup>175</sup>

Cabe hacer mención, dentro de este apartado que también los menores de 18 años, son considerados, no sujetos penalmente responsables del Derecho Penal, en tal virtud son inimputables, al ser considerados infractores de las leyes penales, por lo que son tratados mediante un procedimiento especial, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.<sup>176</sup>

**e) Culpabilidad.**

Una vez que hemos analizado brevemente los anteriores elementos conformantes del delito, tenemos entendido que solamente una conducta podrá ser considerada como delictuosa, cuando ésta, además de ser típica y antijurídica, sea además culpable, es decir tenga la existencia del correspondiente juicio de reprochabilidad, derivada del enlace

<sup>174</sup> Cfr. cita de López Betancourt, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 133, pag. 181

<sup>175</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, pags. 223 y 224

<sup>176</sup> Precepto antes transcrito que se complementa por lo dispuesto por los artículos 4 y 6 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, que substancialmente señalan la competencia del Consejo de Menores para conocer de las conductas, tipificadas como delitos por las Leyes Penales, de personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, así como de los actos u omisiones de los menores de 18 años de edad, tipificados en las Leyes Federales, conocerán los Consejeros o Tribunales Locales para menores, del lugar en donde se haya ejecutado la infracción a la Ley Penal.

psíquico, referido por **Cuello Calón**,<sup>177</sup> que une a la conducta con su autor, y por consecuencia debe serle jurídicamente reprochable.

**Porte Petit**, haciendo referencia a éste elemento, refiere que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto; pero por cuando a esta definición **Castellanos Tena**, hace el señalamiento de que solo es válida para la culpabilidad a título doloso, sin comprender el grado culposo, en el que no hay intención, por lo que el sujeto no quiere el resultado producido, es por ello, que el define la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".<sup>178</sup>

La Escuela Clásica integra a este elemento del delito, que se considera como el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o resultado material, reprochable, los conceptos de "dolo" y "culpa", es aquí en donde se analizan y se establece si el sujeto activo de una conducta típica y antijurídica es culpable por externar su actuar en forma dolosa o culposa.

Bien como podemos apreciar de la conceptualización que de la culpabilidad hemos analizado con antelación, se desprenden las formas de aparición de la Culpabilidad, analizadas de acuerdo a la Teoría Causalista, que a saber son:

a) El dolo. Definido por **Carrara**, como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley.<sup>179</sup>

El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución o intención de ejecución de un hecho que es delictuoso, según el criterio de **Cuello Calón**.<sup>180</sup> Mientras que **Luis Jiménez de Asúa**, expresa que es la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho

<sup>177</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, pág. 233

<sup>178</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 234

<sup>179</sup> Cfr. **Orellana Wiarco**, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, pág. 39

<sup>180</sup> Cfr. **Castellanos Tena**, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, págs. 239

y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.<sup>181</sup> Y ante lo descrito, resumiendo Castellanos Tena, define al dolo como el actuar, consciente y voluntario, que se dirige a la producción de un resultado típicamente antijurídico.<sup>182</sup>

Como elementos del dolo, encontramos los siguientes: Uno ético y otro volitivo o emocional, constituido el primero por la conciencia de quebrantar el deber, señalado por la norma penal, elemento intelectual, y el volitivo o psicológico, consistente en la voluntad de realizar el acto, en el querer.

Corresponde ahora, señalar en forma muy somera las diversas especies del dolo, consideradas como básicas o de mayor importancia por los doctrinarios.

El dolo directo, representado por la conducta exteriorizada por un sujeto enlazada con el resultado provocado si querido, es decir, existe la voluntad de ejecutar la conducta y se quiere y acepta el resultado.

El dolo indirecto, presentado cuando el autor de una conducta típicamente antijurídica ha sabiendas de que causará otros resultados igualmente tipificados y antijurídicos que no son su objetivo, como querer intencionado, sin embargo si los quiere y acepta con tal cumplir su meta impuesta, pero que debe de provocar con el fin de lograr alcanzar su objetivo, su querer volitivo, y ante todo ejecuta el acto conocido y querido.

El dolo eventual, en el que el sujeto tiene la intención de ejecutar una conducta típicamente antijurídica, desea ese resultado, aún y cuando prevea que ocasiones otras violaciones no queridas directamente, pero que existe la posibilidad de perpetrarlos, no los quiere, sin embargo ignora su existencia y ejecuta el acto querido y aceptado, que

<sup>181</sup> Cfr. Orellana Wiarco Octavio Alberto, op. cit. supra, nota 147, págs. 51 y 52

<sup>182</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, op. cit. supra, nota 110, pág. 239

igualmente quedan aceptados los no queridos directamente por la ignorancia puesta en ellos.

El dolo indeterminado, es aquél que posee el sujeto que tiene como intención ejecutar una o varias conductas delictivas, por ser típicamente antijurídicas, sin que tenga marcado un fin, tiene la intención delictiva, sin que busque un resultado especificado.

b) La culpa. Como concepto de culpa, podemos señalar que, es la especie de la culpabilidad que en un sentido amplio y general, es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso.<sup>183</sup> Que se da cuando un individuo debido a la inobservancia de prudencia, previsión y diligencia exigida por la ley, produce daños a terceros, en su persona o sus bienes, por ello debe ser sujeto de un juicio de reproche, debido a la afección a sus semejantes.

**Castellanos Tena**, señala que existirá culpa cuando se realice una conducta sin voluntad de producir un resultado típico, pero éste se da a pesar de ser previsible y evitable, debido a la negligencia o imprudencia, cautela o precaución impuestas por la ley al actor.

De acuerdo al Sistema Causalista los elementos de la culpa, a saber son:

- I) Voluntad de ejecutar el acto que dio inicio a la conducta reprochada, querer la conducta núcleo de la comisión u omisión.
- II) Un resultado de daño a los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal, que por tal virtud es catalogado como delito.

---

<sup>183</sup> Cfr. Orellana Winco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, págs. 54 y 55

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

III) La ausencia del dolo, es decir, la falta de intención y querer el evento delictivo, aún y cuando sabe que se pudiera producir, no tiene el deseo de que se ejecute el mismos.

IV) La falta de un deber de cuidado, previsión, en su actuar, conforme lo exige la Ley. El acto debe ser previsible y evitable.

V) Existencia de una relación causal directa entre el acto que dio origen al actuar negligente del sujeto activo con el resultado producido, previsible pero no querido.

e) La preterintencionalidad. Esta es una figura contemplada dentro del criterio de algunos tratadistas de la Teoría Causalista, de la que a primera vista podemos señalar que es una conjunción de las anteriores formas de aparición de la culpabilidad, una concatenación elemental entre el dolo y la culpa.

Este tipo de culpabilidad tiene la característica esencial de que se aparece cuando el agente que ejecuta un acto típicamente antijurídico sobrepasa del resultado querido y esperado.

Ejemplificando de una manera correcta, citaremos a Castellanos Tena, quien especifica que El delito preterintencional se comete por dolo o culpa, cuando es doloso el resultado va más allá del propuesto por el sujeto activo, y cuando es culposo el resultado es mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse.

**e\*) Causas de Inculpabilidad.**

Respecto al aspecto negativo de la culpabilidad, señalaremos que esta tiene su origen en la ausencia de los elementos esenciales integrantes de la culpabilidad, es decir, del conocimiento, razón, aspecto intelectual o cognoscitivo, y de la voluntad, querer, del sujeto activo del delito.

“La inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta de nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto”.<sup>184</sup>

En consecuencia a lo anterior, y derivándose de la culpabilidad dos elementos, también son dos las causas de inculpabilidad, ellas son el error, relacionado con el aspecto intelectual, y el otro que es la no exigibilidad de otra conducta, que es una coacción sobre la voluntad, relacionado con el aspecto volitivo.

El error, consiste en una concepción equivocada de la realidad, que por ser invencible, se produce un resultado fáctico típicamente calificado por la ley.

La no exigibilidad de otra conducta, es planteada por el sistema causalista, como la imposibilidad de reprochar un actuar.

#### **f) Condicionalidad Objetiva.**

Este es un elemento, que es muy poco considerado, por los doctrinarios, son la minoría quienes le dan apreciabilidad, uno de ellos es **Francisco Muñoz Conde**, quien refiere que “Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la inculpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en nuestro código penal (español), la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra”.<sup>185</sup>

Y aclarando dicho precepto, **Alberto Orellana** refiere que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones

<sup>184</sup> López Betancourt, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 133, pág. 228

<sup>185</sup> Cfr. cita de Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit. supra*, nota 147, págs. 72

prejudiciales, (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración de perjuicio (en los delitos fiscales).<sup>186</sup>

**f) Falta de Condición Objetiva.**

Esta se presenta cuando existe la ausencia del requisito de procedibilidad o prejudicial, anteriormente referidos, por lo que no puede hacerse efectiva la persecución del sujeto activo del delito, pero el motivo por el cual no es aceptado este elemento del delito, es porque independientemente de que se den tales requisitos o no, la afectación al delito no existe, es decir, éste se da con independencia de tales requisitos.

**g) Punibilidad.**

Es aquí en este elemento es donde está palpable el poder coercitivo de la norma penal, aplicado por el estado por medio de los órganos jurisdiccionales, en esta consideración, a partir de tener la acreditación de la existencia de una conducta típicamente antijurídica, imputable a un sujeto, de la cual ha resultado culpable, conforme al juicio de reproche aplicable en su contra, por la violación a un deber jurídicamente tutelado por la ley, ha lugar a aplicar una sanción, una pena, ello conforma la punibilidad.

Lo anterior queda derivado de la concepción legal de delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."<sup>187</sup> Es aquí donde queda notoriamente tangible el *ius puniendi* del Estado.

A nuestro criterio, consideramos que la punibilidad no puede considerarse un elemento esencial para la existencia del delito, sino que es una consecuencia, lógica, de la culpabilidad, es decir, quien ha realizado una conducta delictiva, tipificada por la ley, por consecuencia antijurídica, por violar el bien jurídicamente tutelado por la misma, y a

---

<sup>186</sup> Cfr. Ídem.

<sup>187</sup> Artículo 7 del C. P.

resultado penalmente responsable, es decir culpable, por consecuencia es merecedor de una pena sancionadora de su conducta, resultante del juicio de reproche, entablado por el Estado en su contra, emanado de la exigencia de justicia y paz social de la comunidad.

**g') Excusas Absolutorias.**

Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las que el legislador deja impune, sin aplicar una sanción, a una conducta, típica, antijurídica y culpable. Y ésto lo hace el Estado con base en la política criminal, sobre el principio de justicia reclamado por la sociedad.<sup>188</sup> Por estas condiciones no se da la posible aplicación de una pena.

En otra concepción, podemos señalar que "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables, solo excluye la posibilidad de punición."<sup>189</sup>

Entre algunas de estas excusas podemos señalar, el aborto imprudencial devenido de una maternidad consciente; el encubrimiento hecho por los familiares de un delincuente en virtud de la relación emocional que los une; cuando por los graves daños ocasionados al delincuente en la misma comisión del ilícito; etcétera.

Una vez analizado el Sistema Causalista, nos toca analizar de igual manera y en forma concreta la Teoría Finalista de la Acción, doctrina en la que actualmente se encuentran basados nuestros Ordenamientos Legales, y ésto lo realizamos con los fines expresados al inicio del presente apartado.

<sup>188</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit.*, supra, nota 147, pág. 79

<sup>189</sup> Castellanos Iena, Fernando, *op. cit.*, supra, nota 110, págs. 278 y 279

### **La Teoría Finalista.**

Este sistema doctrinal de la acción, se encuentra representada por el celebre jurista **Hans Welzel**, teoría que plantea una dogmática jurídico penal muy distinta a la que versa la **Teoría Causalista** de la Acción, pues la doctrina a estudio surge con la finalidad de superar a la anterior, como base fundamental de la doctrina se desprende de los trabajos del citado jurista, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin.<sup>190</sup>

Cabe hacer notar que de la Teoría Finalista se extrae la afirmación de que el legislador al crear los tipos punitivos debe sujetarse a las estructuras permanentes de la Teoría del Delito, de tal manera que debe de partir de los conceptos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, so pena de violarlos y con ello quebrantar los derechos fundamentales del hombre.

Una vez que nos encontramos ubicados sobre el tema a tratar, empezaremos a estudiar los aspectos más importantes de la Teoría del Delito, en los que se denota la influencia del Sistema Finalista de la Acción, independientemente que ambas doctrinas manejen la misma concepción de los conceptos algo tienen de diferentes, por ello de su contraposición..

### **La Acción Finalista.**

Para la Teoría Finalista de la Acción, la definición de este elemento versa de la siguiente manera "acción humana es el ejercicio de la actividad finalista", con ello tratar de probar que la acción es un elemento finalista y no solo causal, es decir el hombre con conocimiento de causa siempre ejecutará una conducta tendiente a alcanzar un fin, una finalidad, tal acción es dirigida conscientemente a un objetivo. De otra forma, la finalidad

---

<sup>190</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op.cit.* supra, nota 147, pag. 81

es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.<sup>191</sup>

La acción finalista atraviesa por dos aspectos, que a saber son:

Una fase interna, conformada por a) El objetivo que se pretende alcanzar o propósito de fines, b) Los medios empleados para su realización; y c) las posibles consecuencias resultantes que tienen relevancia o no para el Derecho Penal.

Y una fase externa, consistente en: a) La ejecución de los medios para alcanzar el objetivo principal; b) El resultado previsto; y c) el nexo causal.

En resumen, una vez propuesto el fin, se seleccionan los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo, pone en marcha la ejecución conforme a su plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procurar alcanzar la meta propuesta. Es por ello que una acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y sus efectos concomitantes. Esto es de tal interés debido a que el Derecho Penal sólo se va a interesar por las acciones finalistas, externas, que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a acciones calificadas como típicamente antijurídicas.<sup>192</sup>

Si seguimos la línea anteriormente definida de la acción finalista, podemos comprender el porque de la ubicación por parte de esta doctrina en este elemento del delito al dolo y la culpa, pues ellos son resultantes de los aspectos cognoscitivos y volitivos del hombre, el conocer y querer, por lo tanto si el hombre se plantea racionalmente ejecutar una conducta, ella va encaminada a un fin, lleva una intención, representada en el dolo o la culpa de la acción.

---

<sup>191</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 88

<sup>192</sup> Cfr. *Ibid.*, págs. 88 a 91

Al respecto **Alberto Orellana Wiarco**,<sup>193</sup> señala que “una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de los medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa”, y agrega “El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.”

En tal orden de ideas, conforme a este teoría, el dolo y la culpa de la acción se encuentran ubicados dentro del elemento de acción típica del delito, dejando de ser las especies de la culpabilidad causalista, son el fin de la acción.

#### **La Ausencia de Acción.**

Este elemento lo encontramos en la Teoría Finalista cuando no se presentan las fases de la acción, cuando el sujeto no se plantea la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los elementos concomitantes, sino que el resultado es producido en virtud de un mero proceso causal, en el que la finalidad no intervino, como el ya antes citado caso fortuito.

Esta teoría, acepta como casos de ausencia de conducta: la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*), los movimientos reflejos, a los estados de inconsciencia dentro de los cuales están el sueño, el sonambulismo, la embriaguez y la hipnosis.

#### **La Tipicidad Finalista.**

En el finalismo, tanto la acción como la omisión se encuentra previstos por la ley, el legislador plasma el contenido de la voluntad y la finalidad de la conducta, es decir plasma las acciones graves socialmente negativas. De esta forma la acción y la tipicidad están

---

<sup>193</sup> Cfr. *Ibid.*, pags. 91 y 92

intimamente ligados entre sí, pero a la vez que es una acción dolosa o culposa, su producción, pertenece al injusto jurídico penal, es decir a la antijuridicidad.<sup>194</sup>

Como elementos del Tipo Finalista, tenemos los siguientes:

Los objetivos, referidos a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónoma, así como accidentales, que sólo califican, agravan, o atenuan al tipo autónomo.<sup>195</sup> Tales elementos objetivos a saber son:

- 1.- El sujeto activo (autoría y participación)
- 2.- El sujeto pasivo
- 3.- El bien jurídico tutelado
- 4.- La acción u omisión
- 5.- El resultado típico en los delitos de resultado
- 6.- Los elementos normativos
- 7.- Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Los subjetivos, aquellos elementos del tipo que atienden a las condiciones de finalidad de la acción dolosa u omisiva, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.<sup>196</sup> Ellos son:

- 1.- El dolo y la culpa
- 2.- Otros elementos subjetivos distintos al dolo, como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

---

<sup>194</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 96.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pág. 98.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pág. 99.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Ahora bien, complementemos nuestro apartado definiendo finalísticamente el dolo y la culpa de la acción típica.

**Dolo de tipo.** Es la realización del tipo objetivo de un delito, es decir la voluntad para realizar el hecho típico.<sup>197</sup>

**Culpa de tipo.** Son aquellas en las cuales la voluntad de la acción no se dirige al resultado típico, que se proyecta con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.<sup>198</sup>

**Causas de Atipicidad.**

El aspecto negativo de la atipicidad finalista, se presenta en ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos existenciales del tipo. Causas que a saber son las siguientes:

Por ausencia del elemento objetivo de tipo.

- 1.- Falta del número o calidad del sujeto activo.
- 2.- Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
- 3.- Falta del bien jurídicamente tutelado.
- 4.- falta de acción u omisión.
- 5.- Falta de resultado típico en los delitos que exigen resultado.
- 6.- Falta de elementos normativos.
- 7.- Falta de las circunstancias objetivas de agravación o de atenuación contenidos en el tipo.

---

<sup>197</sup> *Idem.*

<sup>198</sup> *Ibid.*, pág. 100

Lesantijuridicidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Por ausencia del elemento subjetivo del tipo.

- 1.- Falta de dolo o culpa.
- 2.- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo.

Pero asimismo, tenemos al error de tipo.

Consistente en el "desconocimiento o error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, no el dolo."<sup>199</sup>

**La Antijuridicidad e Injusto.**

Tocante a este elemento, los finalistas, lo definen como "un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general." "El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo". "La antijuridicidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo substancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que estas se encuentra con el ordenamiento jurídico".<sup>200</sup>

<sup>199</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 103

<sup>200</sup> *Ibid.*, pág. 106

De lo anterior se desprende que los finalistas unen diferencialmente a la antijuridicidad y al injusto penal, y entre sus lineamientos podemos resaltar que, la tipicidad es el presupuesto necesario de la existencia de la antijuridicidad, al adecuar la conducta al tipo legal, anexándose al tipo la situación de que la conducta es contraveniente a los principios del derecho, son injustas siempre y cuando no este amparada por alguna causa de justificación.

#### **Las Causas de Justificación.**

Como hemos reseñado, en la teoría finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad de la misma, pero cabe hacer mención que dicho indicio puede ser dervituado por alguna norma jurídica persimiva contrapuesta a la prohibitiva, dando lugar a las causas de justificación, las cuales no excluyen a la acción típica, ésta subsiste, más sin embargo no es antijuridica por estar respaldada por una causa de justificación. **Welzel** señala como causas de justificación a la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del ofendido.<sup>201</sup>

#### **La Culpabilidad**

La Culpabilidad Finalista es el juicio de reproche que hace el Estado al sujeto activo de una conducta típicamente antijurídica, en el que no se considera el dolo o la culpa como elementos de la culpabilidad, por ser éstos elementos conformantes de la conducta en sí, ya que la misma, desde su producción intelectual y planteamiento de ejecución, tiene un fin objetivo, doloso o culposo, para producir el resultado esperado y querido por el sujeto.

Este elemento es considerado por la teoría finalista de la acción, tomándolo en un sentido estricto como un juicio de reproche sobre la acción típicamente antijurídica; por ello es que **Welzel** señala que a la contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico, debe de agregársele el reproche personal contra el autor por omitir una acción antijurídica,

---

<sup>201</sup> Cfr. *Ibid.*, pag. 110

**Inconstitucionalidad de los Art. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

cuando estaba en la posibilidad de hacerlo. Para lo cual refiere los siguientes puntos característicos de la culpabilidad.<sup>202</sup>

- a) El hecho de que el autor del delito pudo haber actuado conforme a lo querido y esperado por la norma penal, y por no actuar así es merecido ser sujeto de un juicio de reproche.
  
- b) El finalismo ubica al dolo dentro del tipo, en donde se da la relación psicológica, y en la culpabilidad sólo se da el reproche valorativo de la acción típicamente antijurídica.
  
- c) La exclusión de los elementos subjetivos anímicos correspondientes al tipo, y se conserva únicamente la reprochabilidad.
  
- d) La culpabilidad apoyada en la exigibilidad de un actuar conforme a derecho no en el libre albedrío. Dice **Wetzel**,<sup>203</sup> "La culpabilidad es la facultad de determinación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor."

Y los elementos de la Culpabilidad son:<sup>204</sup>

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Ahora este elemento del delito se ubica como elemento de la culpabilidad, pero no fundamentada en el libre albedrío del delincuente. Esta imputabilidad finalista consiste en la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerza psíquicas para actuar conforme a la Ley. Este elemento se encuentra integrado por dos elementos: 1.- La capacidad de comprender lo injusto

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, pág. 117

<sup>203</sup> Cita de Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit.*, Supra, nota 147, pág. 119

<sup>204</sup> *Ibid.*, pág. 118 a 126

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 ° y 7 ° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

del hecho, que es el aspecto cognoscitivo o intelectual del autor; y 2.- La capacidad de determinar su voluntad conforme a esa comprensión, este es el aspecto volitivo de la personas; que en conjunto es la capacidad de querer y entender dentro del campo del derecho, como lo señala la ya trillada definición de imputabilidad.

Dentro de este renglón podemos señalar que ni los menores de edad o los enfermos mentales, son considerados que tienen una afectación o disminución en sus capacidades cognoscitiva y/o volitiva, por ello es que se les considera inimputables, debido a que se requiere al sujeto la posesión de la capacidad de comprensión de lo injusto, que comprenda que su actuar es contrario a los principios normativos tipificados como delitos por la Ley Penal, por ello cuando alguno de estos sujeto transgrede una norma penal de éste tipo, no delinque, infringe la misma.

Con respecto a la capacidad de culpabilidad, podemos señalar el criterio de **López Betancourt**, que expresa que la misma está orientada a la consideración de la edad y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psico-mental que tenga el autor, por lo que no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, así analizar hasta qué grado el individuo tiene comprensión de que sus actos son ilícitos.<sup>205</sup>

b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido (conciencia de antijuridicidad), este elementos requiere necesariamente la expresión notoria de los elementos cognoscitivo y volitivo del sujeto activo de la conducta típicamente antijurídica; aquí es donde encontramos que el sujeto ejecutó una conducta dolosa o culposamente con conciencia de que su actuar era contrario a lo querido y esperado por la norma penal violada, misma que para configurarse debe de carecer de los errores de tipo o de prohibición conformantes de este elemento.

<sup>205</sup> Cfr. López Betancourt, Eduardo, op.cit., supra, nota 133, pag. 172

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

El error de tipo se refiere al desconocimiento que tiene el sujeto sobre alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, como los elementos descriptivos normativos; éste tipo de error excluye al dolo. Si es vencible el error se responderá a título de culpa, no de dolo.

El error de prohibición se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, es decir el autor sabe que realiza una conducta, pero por un error ignora que la misma es ilícita, por falta de conocimiento correcto de la norma, la interpreta mal, o cree que la misma está amparada por una causa de justificación. Este tipo de error excluye la reprochabilidad cuando es inevitable, si es vencible solo la atenúa.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto (exigibilidad de otra conducta).

Este elemento está basado en la capacidad de culpabilidad, es decir la imputabilidad, la capacidad intelectual y volitiva de su actuar en forma contraria a derecho, y la conciencia de que el mismo es contrario a lo querido y esperado por la norma, por lo tanto ante el juicio de reproche conducente, le es exigible un actuar diverso al desplegado, aquel que intrínsecamente contiene como fin proteccionista la norma penal.

Por lo que, para que se de este elemento integrante de la culpabilidad finalista, debe de carecer de los siguientes elementos negativos de la exigibilidad de otra conducta diversa a la típicamente antijurídica, mismos que señala Welzel, como los estados de necesidad exculpantes o disculpantes, que a saber son:<sup>206</sup>

El Estado de Necesidad Exculpante, se da un estado de peligro real en el sujeto, grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, de tal forma

<sup>206</sup> Cfr. Orellana Wiarco, Ostavio Alberto, op. cit. supra, nota 147, págs. 161 y 162

#### Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

que salvaguarda su vida, su honor, libertad, vida, honor, libertad de un familiar o un ser querido.

Estado de Necesidad por Coacción, en donde el sujeto ante la amenaza de un mal, real, inminente, se ve compelido a ejecutar un hecho delictuoso, para salvaguardar la vida, el honor, propio o ajenos, como será el caso del funcionario bancario que toma el dinero y lo entrega a quienes lo están amenazando, en su hogar, a su familia.

El Estado de Necesidad Exculpante Putativo, que se da cuando el sujeto equivocadamente, pero incurriendo en él, por un error invencible, supone que se encuentra ante un estado de necesidad exculpante, su conducta no será culpable; si el error era vencible, derivado de una acción dolosa y antijurídica, será culpable atenuadamente y por ende también la pena.

El miedo grave e insuperable, colocado el sujeto ante una amenaza de mal, presa de miedo, atenta contra bienes jurídicamente tutelados, se da la no exigibilidad de otra conducta.

#### **Las Causas de Inculpabilidad.**

Estas se presentan cuando surge alguna de las causas que anulan los elementos de la culpabilidad, impidiendo de esta forma se presente la capacidad de culpabilidad, en otras palabras la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad o la exigibilidad de una conducta diversa a la exteriorizada que esté apegada a derecho.

De esta forma es en la que concluimos este apartado, en el que de una forma muy escueta observamos una de las vertebrales más elementales del Derecho Penal, la Teoría del Delito, por lo que en resumen deseamos, como broche con el que cerraremos el anterior análisis y en atención a nuestro lector, referir la síntesis diferencial entre los Sistemas Causalista y Finalista de la Acción, que al respecto hace **Eduardo López Betancourt**.

diciendo que la misma consiste en que la Teoría Causal considera a la acción como un producto causas y mecánica; en cambio la Teoría Finalista, señala a la determinación de una dirección o propósito a ese proceso causal, la existencia de una voluntad orientada en un determinado sentido, a alcanzar un fin.<sup>207</sup>

Por último, es necesario hacer la aclaración que no fue objeto del presente trabajo, entablar las diferencias esenciales entre las corrientes doctrinales, denominadas Teoría Causalista y Finalista de la Acción, ni tampoco definimos en concreto sobre una u otra, más sin embargo se consideró necesario analizar los elementos del delito con el fin de tener las bases de donde emerge la figura jurídica de la **Imputabilidad**, lo cual es un aspecto necesario para centrarnos en el objetivo final a estudio.

#### **5.- El sujeto Activo del Delito.**

Ahora bien, por la importancia concerniente al presente trabajo, nos interesa dejar bien plasmado la definición sobre quién es el sujeto participante o ejecutor de la conducta ilícita, dependiendo del grado de participación en la misma, que ha de sancionar la Ley Penal, es decir, en una terminología jurídica diríamos, que debemos centrarnos en el al persona jurídicamente imputable, sujeto de Derecho Penal, es por ello por lo cual reseñaremos esta conceptualización.

Cabe hacer mención, que para algunos juristas, el sujeto activo de la conducta tachada como ilícita por la Ley Penal es considerado como un presupuesto del delito, entre éstos podemos señalar a **Eduardo López Betancourt**, quien refiere que, los presupuestos del delito son aquellos "antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el Tipo Penal, de cuya existencia depende el delito", y en su listado de

<sup>207</sup> Cfr. López Betancourt, Eduardo, op.cit. supra, nota 133, pág. 8

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

presupuestos encontramos los siguientes: "a) La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción; b) El sujeto activo y pasivo; c) La imputabilidad; d) El bien tutelado; y e) El instrumento del delito"; y concluye que, "la ausencia de los presupuestos de la conducta o hecho, implica que sea imposible encuadrarlos en un tipo penal, ocasionando la inexistencia de un delito.<sup>208</sup> Bien, de lo anterior solo tomaremos la trascendental importancia que se le da tanto formal como doctrinalmente al sujeto activo del delito, pero no es óbice para expresar nuestro acuerdo con la consideración de dicho sujeto como un presupuesto existencial del delito.

Abarcando de manera somera como antecedente histórico, por la propia necesidad de encontrar el objetivo sobre el cual debe recaer la sanción penal, hemos de mencionar que a través del tiempo y desde la antigüedad, diversas legislaciones estuvieron absurdamente considerando a los animales y a los seres inanimados como sujetos activos del delito.<sup>209</sup>

Dentro de lo mencionado se pueden señalar trascendentalmente tres etapas o periodos:<sup>210</sup> *el fetichismo*, en donde se humanizaba a los animales equiparándolos con las personas; *el simbolismo*, en donde se entendía que los animales no delinquirán pero se les castigaba para impresionar; y uno final, en el que se sancionaba al propietario del animal dañoso.

Conforme a la evolución de las sociedades, actualmente solamente concebimos al ser humano como el único capaz de delinquir, ya que es el único ser que cuenta con rasosinio, y la delincuencia y culpabilidad unicamente radican la conciencia y voluntad humana, como facultades exclusivas del hombre. El hombre es el único que puede ser responsable de la comisión de delito., pues sólo él puede actuar con voluntad y ser imputable.

---

<sup>208</sup> *Ibid.*, págs. 33 y 34

<sup>209</sup> *Cfr. Ibid.*, pág. 34

<sup>210</sup> *Cfr. Castelfranco Tena, Fernando, op.cit.,supra, nota 110, pag. 149*

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

A este respecto, **Castellanos Tena**, refiere que "sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto o la omisión debe corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de infracciones penales; es el única capaz de voluntariedad."<sup>211</sup>

Siendo importante hacer notar que el hombre será sujeto activo del delito cuando realiza directamente, cuando es participe en la comisión del mismo, cuando contribuye a su ejecución proponiendo, instigando o auxiliando al autor, con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su consumación.<sup>212</sup>

Atendiendo a lo anterior, el sujeto activo del delito, como persona humana, se ha clasificado en:<sup>213</sup>

- a) Autor Material. Es quien físicamente realiza el evento delictivo, lo ejecuta directamente.
- b) Coautor. Es quien en unión de otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas ilícitas, siendo los coautores igualmente punibles.
- c) Autor Intelectual. Es aquél que acuerda o prepara la realización del delito, y cuando al proyectarlo provoca o induce a otro a la ejecución de un ilícito, se convierte en instigador; objeto este último del autor intelectual, la instigación como influjo llevado a efecto por una persona intencionalmente sobre otra, para la comisión de un hecho delictivo en particular.
- d) Autor Mediato. Es aquél que no realiza el delito directa ni personalmente, sino acude a otra persona extraña que utiliza como instrumento para su perpetración.

---

<sup>211</sup> *Ibidem*, pág. 149

<sup>212</sup> Cfr. López Betancourt, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 133, págs. 34 y 35

<sup>213</sup> *Ibid.*, págs. 38 a 46

- e) **Cómplice.** Es aquél que realiza acciones secundarias encaminadas a la perpetración del hecho delictivo. Puede ser su participación moral, cuando instruye al autor material la forma de ejecutar el delito, ofreciendo su ayuda para su perpetración o impunidad; así como también puede ser material, cuando le ayuda al autor material del hecho delictivo presentándole los medios materiales para su realización o interviene en la ejecución del hecho delictivo con actos ajenos a la descripción legal.
  
- f) **Encubridor.** Es quien oculta a los culpables del delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo, con el fin de eludir la acción de la justicia.
  
- g) **Asociación o Banda Delincuente.** Grupo de sujetos unidos en forma prolongada por el tiempo, permanentemente, para delinquir.
  
- h) **Muchedumbre.** Forma de participación en el delito, mediante unión de varios sujetos sin acuerdo previo, con características heterogéneas, compuesta por individuos de todas las edades, de ambos sexos y de diferentes grados de cultura y moral.

En forma complementaria debemos señalar que la persona juridico-colectiva, la persona moral, no es sujeto imputable del derecho penal, en virtud de que la misma no es un ente físico sino un ser ficticio del Derecho Civil, y el sujeto activo del delito es un ser físico, persona física, un ser humano. Esto en virtud de que como ya se definió con anterioridad, el sujeto activo de un ilícito posee capacidad de razonar y tener la voluntad de realizarlo, es un ente físico.

Relativo a lo anterior, **Castellanos Tena**, precisa que es unánime la concepción de que sólo las personas físicas pueden delinquir, considerando que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito.<sup>214</sup> Pero no debemos pasar por alto, que dentro de nuestro Código

---

<sup>214</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit. supra*, nota 110, pág. 150

Sustantivo Penal, existen figuras delictivas en donde tienen relación las personas morales, pero siempre y cuando éstas sean utilizadas o bajo su amparo se cometa un delito, sancionándose con la suspensión o incluso su disolución por la afectación a los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal, debiendo precisar que la conducta ilícita ha sancionarse es desplegada por una persona física, miembro o representante de la sociedad (como sería el caso del delito de Administración Fraudulenta), y no por la persona moral en sí.

Ahora bien, hemos dejado en claro que solo la conducta del hombre es la que puede ser sujeto de Derecho Penal, que es el único ser imputable, a quien se le puede hacer un juicio de reproche por su actuar contrario a la norma penal, pero no todo ser humano encuadra de acuerdo a este concepción, según la Teoría de los Imperativos los destinatarios de la norma penal deben ser aquellos quienes tengan la capacidad de comprender las normas, por lo que éstas no obligan a los locos ni a los niños, sino que tienen como destinatarios a los hombres capaces. Pero, Zaffaroni, considera que el orden normativo no está dirigido a cada sujeto en particular, sino a todos los que infringen sus normas, tengan o no capacidad de comprenderlas, independientemente de que se reserve el saber si puede o no reprochársele la realización de la conducta; una conducta es antijurídica cuando contraviene el orden jurídico, para lo cual necesita cierta capacidad, consistente en saber qué es lo que hace el sujeto activo de dicha conducta, pero para ser delito, se requiere que la misma sea reprochable, culpable; y para ésta última es importante conocer si el sujeto tenía capacidad para comprender la norma, comprender si su conducta es contraria al derecho, cosa que no sucede con quien no puede comprender el carácter antijurídico de su actuar, sin que con ésto deje de serlo.<sup>215</sup>

Queremos hacer notar, que con base al sistema jurídico mexicano, los sujetos considerados por la Ley como menores de edad, no son sujeto del Derecho Penal, por carecer del elemento esencial de la culpabilidad, la imputabilidad, su capacidad volitiva y cognoscitiva está disminuída, pues se considera que las mismas no están plenamente

<sup>215</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit. supra*, nota 112, págs. 91 y 92

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

desarrolladas para comprender y querer el carácter antijurídico de una conducta, y en tal virtud, se les sanciona en forma atenuada mediante un procedimiento diverso al de los sujetos activos de delitos, imputables, porque ellos infraccionan únicamente a la norma penal, pero no delinquen.

Estos últimos aspectos, considerados en el párrafo que antecede, serán objeto de análisis del siguiente Capítulo.

### **CAPITULO III**

#### **EL REGIMEN DE MENORES INFRACTORES**

##### **I.- Fundamentación Jurídica: Artículo 18 Constitucional.**

Como elemento indispensable de respaldo del presente trabajo de investigación, es necesario entrar al análisis y ubicación dentro del marco jurídico de leyes, de tal razón, que atendiendo a la denominación del presente Capítulo, dentro del régimen de menores infractores, encontramos radicado el establecimiento de instituciones especiales para el tratamientos de menores infractores, como una Garantía Individual de Legalidad, que recae como obligación en la Federación y en los Gobiernos de los Estados, consagrada ésta en el numeral 18 de nuestra Carta Magna, por ello es menester el análisis de la fundamentación jurídica de dicho precepto, basándonos en los antecedentes históricos que dieron origen al surgimiento del mismo.

Como se mencionó dentro del Capítulo I, los menores infractores, así considerados por la Ley, carecen expresamente de las Garantías Constitucionales que versan en favor de los procesados, entendiéndose a éstos, como personas penalmente imputables del Derecho Penal; lo anterior se debe al diverso tratamiento y consideraciones a que se encuentra sujetos legalmente, resultando consecuentemente que estén restringidos de muchos principios constitucionales de seguridad jurídica, previstos para todo individuo sujeto de procesamiento judicial.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Cabe hacer mención, como advertencia, que en su origen el artículo 18 Constitucional, como actualmente lo encontramos plasmado en nuestra Carta Magna, no tenía contemplado ningún señalamiento referente a los menores infractores, ésto se da hasta la reforma del 28 de diciembre de 1964, publicada el 23 de Febrero de 1965, y entrando en vigor cinco días después de su publicación. Lo anterior no es óbice para hacer una reseña histórica de citada norma jurídica.<sup>216</sup>

Haremos mención primeramente, en forma de listado de los antecedentes constitucionales e históricos del presente apartado.

El primer antecedente es aquél referente al Artículo 297 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, que a saber decía: "Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos."

Como segundo antecedente, encontramos el Artículo 21 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, mismo que rezaba en los siguientes términos: "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado preso o detenido algún ciudadano."

Posteriormente, y siguiendo la evolución histórica, encontramos un tercer antecedente, que es aquél relativo al Artículo 72 del Reglamento Provisional del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822, mismo que señalaba que "Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro

<sup>216</sup> En relación a las reseñas históricas y constitucionales de la evolución del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se extrajo de la obra "Derechos de Pueblo Mexicano México a través de sus Constituciones" Tomo III de la Cuarta Edición, Editada por la II Cámara de Diputados del III Congreso de la Unión, LV Legislatura, Miguel Ángel Porras, Grupo Editorial, en Ciudad de México, 1994, Págs. 679 a 810. Obra en la que se señala que su integración y comentarios al articulado constitucional estuvieron a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia”

Ahora bien, como cuarto antecedente, tenemos el relativo al Proyecto de Constitución formulado por J. Joaquín Fernández de Lizardi, el cual fue publicado de mayo a junio de 1925, y que contenía entre sus Artículos 31 a 35 las siguientes consideraciones: Que las cárceles no debería ser depósitos de perdidos, semilleros de vicios y lugares para atormentar a la humanidad, sino unas casa correccionales de donde los hombres salgan menos viciosos que como entraron, disponiéndose edificios seguros pero capaces, sanos y bien ventilados; en todas ellas habrá departamentos de oficios y artes mecánicas, dirigidos por profesores hábiles, no delinquentes.

Así también refería, que si el preso tuviera algún oficio, se pondría con el respectivo maestro, quién lo haría trabajar diariamente, y de lo que gane el preso se hicieran dos parte, una para el fondo de la misma cárcel y otra para él, a efecto de que pudiera socorrer a su familia; y en caso de no tener oficio se dejaría a su elección el aprendizaje de uno de ellos, y puesto con el maestro respectivo, no pudiendo salir de la cárcel hasta no haber sido examinado de oficial, sin importar que hubiese compurgado el delito por el que entró. No se permitía en la cárcel los naipes, dados, licores, ni armas cortantes, recayendo esta responsabilidad en los directores de oficio.

El quinto antecedente, lo encontramos en la Ley 3, Título 16, Libro 8, Recopilación C. Curia Philipica Mexicana de Hevia Bolaños, de la que esencialmente se desprende que, la remisión de los reos se hiciera a su costa, y si éste no tiene bienes lo sería a la del querrelloso, y en su defecto la pagaría los oficiales de la justicia del lugar donde fuere hallado.

Así mismo, y siguiendo con la línea histórica encontramos el sexto antecedente, en el Artículo 5 de la fracción IX del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México el 26 de agosto del mismo año,

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

... se refería: "La Constitución otorga a los derechos del hombre, las garantías de... Seguridad... IX. El edificio destinado a la detención, debe ser distinto del de la prisión: uno y otro estarán en el lugar de la residencia del Juez competente que ha de juzgarlos, y tanto el detenido, como el preso, quedarán exclusivamente a disposición del juez que conoce de la causa, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en cosa alguna relativa a su persona, sus bienes, o su juicio, debiendo limitarse a prestar a la judicial los auxilios que le pida y quedando éstos enteramente a sus órdenes."

Siendo un séptimo antecedente el Artículo 13, fracciones XIII y XVII, del segundo proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1942, precepto que contenía lo siguiente: "La Constitución reconoce a todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías: ...Seguridad ... XIII. La detención y prisión se verificarán en edificios distintos; y una y otra son arbitrarias desde el momento en que se excedan los términos prescritos en la Constitución. Ni el detenido ni el preso deben ser custodiados fuera de la residencia del juez que ha de juzgarlos, ni preso en otro edificio que el que señale su juez, conservándose allí a su absoluta disposición. ... XVII. Ni a los detenidos, ni a los presos puede sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. La ley especificará los trabajos útiles a que los jueces puedan sujetar a los formalmente presos para su ocupación y los medios estrictamente necesarios para la seguridad de las prisiones."

Como octavo antecedente relativo al tema analizado, encontramos la Convención entre la República Mexicana y los Estados Unidos de América, para la extradición de los reos fugitivos, celebrada el 20 julio de 1850 en la Ciudad de Washington, firmada por Luis de la Rosa y Jhon M. Clayton.

Así mismo, la Convención entre la República Mexicana y la de Guatemala, representa en noveno antecedente, relativo a la extradición de reos fugitivos, celebrada el 30

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

de noviembre de 1850 en la Ciudad de México, dentro del trigésimo aniversario de la independencia de ambas naciones.

Posteriormente, como décimo antecedente, encontramos el Artículo 49 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dada en Palacio Nacional, en la Ciudad de México el 15 de mayo de 1856, y que refería: "se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que a ninguno se obligue a la comunicación con los demás presos o detenidos; y ni a uno ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. Las leyes fijarán los trabajos útiles a que puede obligárseles a los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones."

Por lo que corresponde a nuestro undécimo antecedente, lo es en relativo al Artículo 31 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856, que versaba en los siguientes términos "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquiera estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero."

El duodécimo antecedente, lo es el Artículo 18 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, considero que éste en esencia es uno de los más específicos de los antecedentes referidos con anterioridad, pues bien, no obstante de que además ocupa el mismo lugar numeral dicha norma jurídica plasma elementos primordiales de la actual versión correspondiente al precepto en estudio, mismo que dejo de ser el proyecto antes citado y paso a formar parte del Máximo Cuerpo de Leyes Mexicanas, lo cual podemos denotar de su propia lectura, que a saber decía: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquiera estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero.”

El Tratado del 11 de diciembre de 1861, celebrado por México con los Estados Unidos de América, forma nuestro decimotercer antecedente, mismo que versaba igualmente como uno anterior sobre los reos fugitivos y su procedimiento de extradición.

El decimocuarto antecedente lo encontramos, en los Artículos 66 y 67 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865, en los que se contenían las siguientes consideraciones, que las cárceles se organizarán de modo que sólo sirvieran para asegurar a los reos sin agravar innecesariamente los padecimientos de la prisión; así mismo de que en las cárceles hubiera una separación entre los formalmente presos y los simplemente detenidos.

Posteriormente, encontramos como decimoquinto antecedente, el Tratado de Extradición, celebrado entre México y la Gran Bretaña, fechado el 27 de enero de 1889.

Ahora bien, el decimosexto antecedente lo constituye el Punto 44 del Programa del Partido Liberal Mexicano, fechado en la Ciudad de San Luis Missouri, Estados Unidos de Norteamérica, el 1 de julio de 1906, mediante el cual se proponía una reforma constitucional en el siguiente sentido “Establecer, cuando sea posible, colonias penitenciarias de regeneración, en lugar de las cárceles y penitenciarias en que hoy sufren el castigo los delincentes.”

El Tratado de Extradición celebrado entre México y los Países Bajos, durante la fase presidencialista de Don Porfirio Díaz, constituye nuestro decimoséptimo antecedente, mismo que fue fechado el 1 de mayo de 1909.

Y por último, nuestro más cercano antecedente, es el referente al Mensaje y Proyecto de Constitución de Don Venustiano Carranza, los cuales fueron fechados en la

Ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, de los que esencialmente se destacan los siguientes Artículos:

“Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos ni para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Toda pena de más de dos años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieren en dichos establecimientos.

Artículo 119. Cada estado tiene obligación de entregar, sin demora, los criminales de otro estado o del extranjero, a la autoridad que los reclame.

En estos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria de extradición, será bastante para motivar la detención por un mes, si se tratare de extradición entre los estados, y por dos meses cuando fuere internacional.”

Bien, expuestos los antecedentes históricos, corresponde ahora citar los precedentes más importantes referentes a la evolución constitucional.

Como lo mencionamos con anterioridad, en el Congreso Constituyente de 1856, fue aceptado el precepto número 18 en los términos señalados, quedando plasmado de tal forma en la Constitución de 1856, aunque en el Proyecto de Constitución se presentó como

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

...ación y se llevó a cabo en sesión de día 25 de agosto de 1856, sin discusión y por unanimidad de 84 votos.

En el Congreso Constituyente de 1916, de igual forma, fue presentado como el artículo 18 del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, mismo que en Sesión Ordinaria, celebrada la tarde del lunes 25 de diciembre de 1916, fue leído el dictamen correspondiente, del que esencialmente se desprende su fundamentación en que, en el proyecto se ordenaba que en lugar de permanencia preventiva de todo inculcado, debe ser el de prisión, mientras que una sentencia no declare su culpabilidad, por ser justo el no mantenerlo junto con los verdaderos delincuentes.

Dentro de estos fundamentos, se señala también que, en el segundo párrafo implantado al citado precepto, se establezca la centralización del régimen penitenciario en todo el país; a efecto de suprimir cárceles inútiles existentes en los estados, y establecer penitenciarías con el sistema de corrección moderno y desarrollado, obteniendo un beneficio los estados en cuanto al sistema penitenciario al evitarse mayores erogaciones económicas, o anteriormente reseñado, fue severamente criticado y opuesto al querer del Constituyente actuante, y al respecto refirió esencialmente que el centralismo del sistema penitenciario sólo daría apertura al absolutismo, por lo que las facultades de los estados en la materia de legislación penal, acabarían al pronunciarse las sentencias, en la ejecución de éstas ya no podrían los estados tener injerencia ninguna; por consecuencia el menoscabo sería considerable para la soberanía de los estados, dando margen a la arbitrariedad del poder central. Cabe hacer mención que la justificante económica se encuentra irrumplida por sus propios resultados, tales que tanto las cárceles estatales como las penitenciarías federales han presentado la misma deficiencia.

Y como consecuencia de la centralización del régimen penitenciario, sería que los presos quedarían privados de la visita familiar, coartados del único lazo que los une débilmente con la sociedad. Por lo que se propuso rotundamente, la substitución de dicho párrafo, debiendo prever la imposición a los estados de la obligación de establecer el

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

régimen penitenciario sobre la base del trabajo como medio de regeneración. De acuerdo a lo anterior, el artículo 18 Constitucional, en la Sala de Comisiones, de Querétaro de Arteaga, en diciembre 22 de 1916, presidida por el General Francisco J. Múgica, Alberto Román, L. G. Monzón y Enrique Colunga, fue propuesto de la siguiente manera:

“Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente”.

Debemos señalar que, la propuesta del artículo de referencia en la citada Sesión del Congreso Constituyente de 1917, fue desechada por 70 votos contra 69.

Posteriormente, en la Sesión Ordinaria Vigésimo Cuarta, celebrada la tarde del miércoles 3 de enero de 1917, se dio lectura al dictamen de reforma sobre el artículo 18 Constitucional, del Salón de Sesiones del Congreso, presidido en Querétaro de Arteaga, el 27 de Diciembre de 1916, por el General Francisco J. Múgica, Enrique Recio, Enrique Colunga, Alberto Román y L. G. Monzón, del que se desprendió la siguiente redacción:

“Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias, penitenciarias o presidios-, sobre las bases del trabajo como medio de regeneración”.

La citada redacción del precepto constitucional en estudio, quedó aprobado por 155 votos contra 37. Más sin embargo, en la Sesión Ordinaria Sexagésima Cuarta, celebrada en

Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

la tarde del sábado 27 de enero de 1917, la Comisión de Corrección de Estilo presentó la siguiente minuta del artículo 18 ya aprobado.

“El artículo 18 dice: ...Sólo por delito que merezca pena... Decía el artículo anterior... En lugar de prisión preventiva quedaban tan cerca estos dos términos que nosotros los hemos cambiado para no citar dos veces la palabra ‘preventiva’.” La minuta fue aprobada. El texto del artículo aprobado fue el siguiente:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias, penitenciarias o presidio- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.”

Una vez plasmado lo anterior, procedamos a darle entrada al análisis de las reformas posteriores a la promulgación de la Constitución del Constituyente de Querétaro de 1917, que independientemente de que sean dos únicamente, las misma han tenido gran trascendencia en el sistema penal mexicano, plasmándose de tal forma mayores garantías en favor del gobernado que el estado está obligado a observar y respetar, para ello analizaremos en sustancia los debates que dieron origen a las citadas reformas.

La primera reforma fue propuesta en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, celebrada el viernes 2 de Octubre de 1964, en la que se dio lectura a la iniciativa del Ejecutivo de la Unión, tendiente a adicionar el artículo 18 constitucional, y en la Sesión del martes 13 del mismo mes y año, se leyó el dictamen de la Cámara de Diputados relativo a la iniciativa, el que fue retirado en virtud de las sugerencias formuladas por la diputación del Partido Acción Nacional.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Continuando con la misma reforma, en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, celebrada el martes 3 de Noviembre de 1964, se dio lectura al segundo dictamen y al voto particular suscrito por la diputación del Partido Acción Nacional, de los que se desprenden como puntos relevantes que las garantías individuales consagradas por dicho precepto constitucional, destacan primeramente que "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva", que tiene a preservar la libertad del individuo aún en los casos que, habiéndose realizado un acto o una omisión calificados como delictuosos, la pena que la propia ley establece puede ser extinguida sin menoscabo de dicha libertad; por lo que la adición que se propone no afectaría la misma, ya que se refiere a reos sentenciados y no a personas sujetas a proceso.

Como segunda garantía encontramos la referente a que "las personas sujetas a prisión preventiva, por lo que no se ha demostrado el que hayan delinquido, deben permanecer separadas de las ya sentenciadas a sufrir una pena corporal", fundamentada en el fin de evitar un contacto personal que atente contra su dignidad y propiciar un contagio social pernicioso.

En el segundo párrafo del precepto en análisis se estipula que "Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios el sistema penal- colonias, penitenciarías o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración", del que se desprende la obligación tanto de la Federación como de los estados de organizar su propio sistema penal, con todas las cargas materiales y económicas que implica, y que ese sistema debe funcionar precisamente dentro de sus respectivos territorios. Y la iniciativa de mérito, en apariencia liberaría a los estados de dicha obligación, ya que, en virtud de un convenio, los reos sentenciados dentro de su jurisdicción podrían ser puestos a disposición de un establecimiento penal federal; no obstante que dicha obligación no es llana y simple, sino que es un medio y no un fin, ya que el fin lo constituye la regeneración del delincuente sobre la base de la base del trabajo, para reintegrarlo a la vida social como ser útil.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Aunado a lo anterior, se propone que sea respaldado dicho medio, con el fin accesorio de reeducación y readaptación social del delincuente; en virtud de que en los establecimientos penales dependientes de los estados conviven, en deplorable promiscuidad, reos sentenciados con personas sujetas a procesos, siendo aquéllos, en su mayoría, delincuentes habituales, por lo que tanto los procesados como los delincuentes primarios u ocasionales están colocados en un ambiente desfavorable a su regeneración; ya que viven, todos ellos, dentro del inútil y odioso sistema de encierro en la ociosidad, que solo sirven para infringir sufrimientos y quebrantar la dignidad del individuo.

Estas razones fueron fundamentales para la propuesta de adición del artículo 18 constitucional, que tiene el objetivo expuesto en la iniciativa de reforma de abrir cauces legales a una reforma de los sistemas y regímenes penitenciarios que, mediante un mejor aprovechamiento de los recursos técnicos y económicos, permita el funcionamiento de grandes penales en los que, de manera eficaz, se oriente el trabajo de los reclusos, atendiendo a su oficio y vocación socialmente útil y de cuyo beneficio podrá disfrutar el delincuente cuya peculiar condición exija un tratamiento especial independientemente del lugar en que hubiere cometido el delito y de la autoridad a la cual estuviera sujeto, en las circunstancias actuales, puede disponer de los recursos necesarios. Interviniendo en tales aspectos los principios de territorialidad, el de separación de procesados y sentenciados, y el de la regeneración del delincuente.

Por todas las consideraciones anteriores, la Primera Comisión de Puntos Constitucionales, presidida por Alfonso Martínez Domínguez, Enrique González Vargas, Miguel Covián Pérez, Constancio Hernández Allende y Luis Priego Ortíz, la Segunda Comisión de Gobernación, presidida por Manuel Gurria Ordóñez, Salvador Rodríguez Leija y Enefino Ramón Macedo, y la Primera Comisión de Justicia, presidida de Raúl Lozano Ramírez y Justina Vasconcelos de Berges, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el 12 de Octubre de 1964, propusieron a la H. Cámara de Diputados y al Congreso de la Unión, el proyecto de adiciones del artículo 18 constitucional, propuesta por el Ejecutivo, solicitan la siguiente adición:

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de la penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de los de la Federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias, penitenciarias o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

Los gobernadores de los estados podrán celebrar convenios con el Ejecutivo federal, los cuales deberán ser aprobados por la legislatura local respectiva y por la Cámara de diputados del Congreso de la Unión o, en su caso, por la Comisión Permanente, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos penales de la Federación. La ley reglamentará el funcionamiento de dichos establecimientos, a fin de que, conforme a las técnicas más avanzadas, se logre la readaptación social del delincuente”.

Ante la anterior propuesta, se exteriorizó un Voto Particular por parte de los Ciudadanos Licenciados Guillermo Ruiz Vázquez y Felipe Gómez Mont, miembros de la Primera Comisión de Justicia, y el Licenciado Adolfo Christlieb Ibarrola de la Segunda de Gobernación, quienes propusieron una iniciativa de reforma, exponiendo sus consideraciones pertinentes:

a) El establecimiento de una garantía que favorezca a los menores de edad, a los enfermos mentales, a los toxicómanos, a los ciegos y a los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, a fin de que sean mantenidos en establecimientos diversos a los destinados a procesados y sentenciados, y de acuerdo con la situación jurídica que les corresponda conforme a la resolución de la autoridad judicial competente. Esto en virtud de la necesidad de, evitar que en los tratamientos, impuestos por las legislaciones de cada estado, y la situación jurídica que los presupone, dejen de ser observadas por las autoridades locales y aún por las de la Federación, consagrándose, de tal forma, la garantía

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

individual de ser reclusos en establecimientos distintos a los destinados a compurgar penas de prisión.

b) El establecimiento, como garantía constitucional, de que los enfermos mentales, toxicómanos, ciegos y sordomudos, que violen las normas penales, deben derivar su situación jurídica de un procedimiento judicial que los prive de derechos o que señale cuándo pueden reasumir, y en qué grado, su capacidad jurídicas: en virtud de que los diversos cuerpos legales estatales, esta situaciones irregulares, las depositan en autoridades administrativas, sin sujeción a regla alguna de derecho, o bien porque fuera de procedimientos dejan de estar bajo la jurisdicción de autoridad judicial, quedando situaciones indefinidas contrarias al derecho, a la justicia y a la dignidad de la persona.

c) Que las mujeres gocen de la garantía individual referente a que las prisiones preventivas y establecimientos penales destinados para su reclusión, sean exclusivamente para personas del sexo femenino.

d) Que la pena de relegación no se imponga, ni a los reos políticos ni a los delincuentes primarios, ni a quienes estén condenados a penas de tres años, o de menor duración.

e) El mantenimiento del proyecto de obligación para la Federación y los estados, de establecer su propio sistema penal.

Por virtud de los puntos antes expresados, se presentó la siguiente reforma al artículo 18 Constitucional, fechada en México, Distrito Federal, el 13 de Octubre de 1964.

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta, será distinto de los que se destinare para la extinción de la penas, y estarán completamente separados.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Los menores de edad, los enfermos mentales, los toxicómanos, los ciegos y los sordomudos, que contravengan preceptos de una ley penal, serán mantenidos en establecimientos distintos a los destinados a procesados o sentenciados, en la situación jurídica que les corresponda conforme a resolución de la autoridad judicial competente.

La Federación y los estados mantendrán dentro de sus respectivas jurisdicciones, prisiones preventivas y establecimientos penales destinados exclusivamente a mujeres.

No se impondrá la pena de relegación a los reos políticos, a los delincuentes primarios, a los menores de edad y a los sentenciados a penas de tres años o de menor duración.

El gobierno de la Federación organizará por zonas, los establecimientos penales destinados a reos del fuero federal. Los gobiernos de los estados mantendrán en sus respectivos territorios sus propios sistemas penales. El gobierno federal y los gobiernos de los estados, promoverán la celebración de los convenios económicos necesarios para la organización, mejora o mantenimiento de dichos sistemas.

Todos los establecimientos penales del país -colonias, penitenciarias o presidios- funcionarán sobre la base del trabajo como medio de regeneración”

Dicho dictamen y voto particular, en mención, fueron discutidos en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, celebrada el 6 de noviembre de 1964, y aprobados por unanimidad de 165 votos. Cabe hacer mención que en la discusión en lo particular, en uso de la palabra el Diputado Felipe Gómez Mont, destacó puntos de suma relevancia que dieron origen a nuestro actual artículo 18 Constitucional, de los que destacan:

a) Que se implante una reforma conteniendo que “Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general para que los condenados en sentencia firme por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.”

b) Otra en contra, relativa a que, "La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". Considero hacer especial énfasis en ésta última, en virtud del tema objeto del presente trabajo.

El Diputado ponente refirió que, la forma en que quedó redactada ésta garantía, extiende a las instituciones penales de menores para aquellos que no cometen la infracción de la legislación penal. Al considerarse que los menores están fuera del derecho penal, como se desprende del artículo 126 del Código Penal, que establece que los menores se les someterá a tratamiento, y es una resolución de índole penal, y el artículo 127 establece las medidas que se le pueden aplicar a un menor, a un sordomudo, así como el catálogo de penas y medidas de seguridad.

Que el Derecho Penal no elimina como sujeto al menor, lo elimina exclusivamente de la pena pero lo deja sometido a las medidas de seguridad. Claro que en aquella época de la conciliación de las escuelas, entre positivistas y clásicos, surge la terza scuola, que habla de que el menor ha salido del derecho, en virtud de las vagas nociones existentes de inimputabilidad o bien en la plenitud de la escuela positivista, eran plenamente responsables los locos y los niños por el hecho de vivir en sociedad.

Pero basándose en la escuela técnico-jurídica de Edmundo Mezger, Welzel Bonn y Maurach, refiere, que el menor no es imputable, el menor es responsable penalmente, lo único que no puede ser sujeto es a una pena; esto debido a que en el hombre está la evolución desde que nace. Que la doctrina establece tres categorías. El niño, hasta los 14 años, que no puede ser sujeto a delito, simple y sencillamente porque en su inmadurez solo se le puede someter a medidas tutelares dictadas por un juez tutelar. Posteriormente la edad de los 14 a los 18 años, llamada la edad de los menores, que hace que al niño se le estudie para ver si hay madurez o inmadurez, y si se le encuentra inmadurez se le enviará con el juez tutelar, pero si hay madurez para conocer lo injusto y normar su conducta conforme al conocimiento de lo injusto, ese menor es sometido al Tribunal de Menores que no puede

acudir a la pena sino en caso excepcionalísimo, cuando exista gran perversidad, o cuando el acto sea extremadamente grave.

Posteriormente, tenemos la edad transitoria de los 18 a los 21 años, llamada juvenil, en la que el juez analiza al joven que tiene la características de delincuente adulto, que de acuerdo al derecho penal moderno, se habla de conocimiento de sus actos y de libertad, que el hombre maduro, conoce lo justo y quiere realizar lo injusto y lo llega a cometer poniendo en grave peligro a la sociedad. Por ese concepto social de niño que tiene que desarrollarse normalmente, que lo encontramos también en el joven, mientras no transgreda la norma penal, mientras no haya calificación de su inculpabilidad para aplicarse una medida de seguridad, no puede hacerlos sujetos constitucionales de una institución de trata de menores. Que las Instituciones de menores son instituciones de penales. Discrepando de la consideración de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que los jueces de menores substituyan a sus padres en sus funciones, ya que es una institución de derecho penal, naciente del artículo 123 del Código Penal, que establece "Los menores de 18 años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario, para su corrección educativa".

Ahora bien, posteriormente correspondió el uso de la palabra al Diputado Vista Altamirano, quien salió en defensa de la ponencia de reforma de la Comisión, resaltando la consideración hecha sobre el segundo punto disertado con anterioridad, en el que refiere que, en cuanto al peligro de que menores infractores, por violación a reglamentos administrativos, pudieran ser llevados a establecimientos que el estado y la Federación estarán obligados a construir. Su contrariedad, es en razón que se consideró por la Comisión, que cuando se habla de preceptos de menores infractores, es indudable que se refiere a los menores inadaptados socialmente.

Que los menores infractores a los que se refiere el proyecto, son aquellos inadaptados sociales, pero que los menores no son sujetos de derecho penal, pues para serlo, sujeto activo de un hecho delictuoso, se requiere la comisión de un delito que es una

**Institucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

acción, típica, antijurídica, culpable y punible, e imputables; y al ser la imputabilidad un elemento del delito, que significa cargar en la cuenta de alguien, se requiere que haya alguien, y en el ámbito de validez personal del derecho penal los menores son inimputables.

Por lo que, siendo, en México, considerados por el Derecho Penal, los menores como inimputables, jurídicamente no pueden cometer un delito, y si incurrir en faltas a reglamentos administrativos no irán a los establecimientos penales, que indudablemente son destinados a inadaptados sociales, pero que no caen en el ámbito de validez del derecho penal.

Y continúa agregando, que incluso los menores pueden acudir al juicio de garantías cuando las autoridades lleguen a cometer alguna arbitrariedad. Por otra parte, destaco la importancia de la proposición en la redacción al artículo 18, no antes tocado, como es que los menores infractores sean tratados en instituciones especiales, pues ello implica un avance grandioso a la política criminal en México; por lo que los menores no vayan a lugares en donde en lugar de adaptarlos a la vida social, salgan con vicios. Siendo que los menores habrán de ser tratados como inimputables, que por su inmadurez no pueden ser sujeto de derecho penal ni de represión.

Concluye diciendo que, el hecho de que se establezca un tratamiento y preceptos en la ley penal referentes a menores, no implica que éstos sean sujeto de derecho penal, que se incluyen en ese cuerpo legal por ser el adecuado, por que cometen un acto que en otras condiciones sería delictuoso, pero que no lo es precisamente por la falta de uno de los elementos del delito, como lo es la imputabilidad.

Por lo que corresponde a el dictamen en particular, fue aprobado por unanimidad de 163 votos, las adiciones fueron rechazadas por 143 votos en contra y 20 en favor, pasando a la Cámara del Senado para los efectos correspondientes.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4 "y 7" de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Corresponde ahora analizar en forma breve la segunda reforma del precepto en cita, misma que se presentó en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, celebrada el día 7 de septiembre de 1976, en la que se dio lectura a la Iniciativa de Decreto que adicionara el quinto párrafo al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enviada por el Ejecutivo, presentando dicha adición, reforma al sistema penitenciario mexicano, de la siguiente forma:

**"Artículo 18...**

El Ejecutivo podrá celebrar tratados de carácter general con gobiernos extranjeros con objeto de que los reos de otra nacionalidades, sentenciados por los delitos del orden federal, en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, cumplan la condenas en sus países de origen o de residencia y para que los reclusos de nacionalidad mexicana que extingan penas en otro país lo hagan en establecimientos de la República. Igualmente, los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo federal, con apoyo en la leyes locales respectivas, a la inclusión de reos del orden común en dichos tratados."

Fechada el 4 de septiembre de 1976, en el periodo presidencial del Licenciado Luis Echeverría Álvarez. Misma que fue turnada a las Comisiones respectivas para su análisis, estudio y dictamen.

El dictamen de las Comisiones de estudio, el 25 de octubre de 1976, extendieron la siguiente redacción de la reforma en cita:

**"Artículo 18...**

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para este efecto. Los

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrán efectuarse con su consentimiento expreso."

Propuesta de reforma, que fue votada por 182 votos en favor y 10 en contra, pasando al Senado para los efectos constitucionales.

La reforma en estudio, estando en la Cámara de Senadores, fue discutida en Sesión Ordinaria celebrada el día 16 de noviembre de 1976, siendo aprobada la adición del párrafo quinto del artículo 18 Constitucional, por cincuenta votos a favor y uno en contra, pasando a las legislaturas de los Estados para los efectos constitucionales, siendo que la representación nacional (Legislatura de los Estados) la aprobó el día 4 de noviembre de 1976, y leída la declaratoria el día 23 del mismo mes y año, resultando de la votación 191 en favor y 11 en contra. Siendo publicada el día 4 de febrero de 1977, entrando en vigor al día siguiente.

En resumen hoy día contamos con el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos redactado de la siguiente forma:

**Artículo 18**

***"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.***

***Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgará sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.***

*Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.*

**La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.**

*Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso."*

Antes de concluir el presente apartado considero, como parte anexante al presente, exponer las principales consideraciones hechas por el destacado jurista **Sergio García Ramírez**, con relación al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, profesionista que ha dedicado gran parte de sus estudios a la relevancia que tiene para él el citado precepto.

Los comentarios del citado jurista son diversos y muy variados, pero de entre ellos destaca indudablemente aquél que aparece plasmado en la Edición Especial Legislativa de la obra **Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones**,<sup>217</sup> en el que esencialmente señala que, del artículo 18 Constitucional se desprenden diversas prevenciones relevantes del régimen penal mexicano, aquellas relativas a la finalidad de las

<sup>217</sup> "Derechos de Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones". Tomo III de la Cuarta Edición. Editada por la H. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, en Ciudad de México, 1994. Págs. 660 a 676

Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

penas y los medios para alcanzarla, ya que alude a la prisión tanto preventiva como punitiva.

Así como también, se encuentra fijados los lineamientos generales a propósito de los menores infractores; y determina los casos de ejecución de extraterritorialidad de las sentencias condenatorias, en aras del principio de readaptación social del delincuentes.

Y en relación a los puntos antes señalados, realiza las siguientes consideraciones, en cuando a la readaptación social, como principio constitucional y objetivo del sistema penitenciario mexicano, con ella se pretende que el infractor vuelva a observar el comportamiento que regularmente siguen, mediante una aprobación general, los integrantes de la sociedad de la cual forma parte, buscando su conformidad. Pero, erróneamente o excesivamente interpretada pudiese implicar la conversión del infractor o la alteración de su personalidad, dando lugar a la manipulación psicológica del individuo y con ello se violar sus derechos humanos. Ante lo anterior especifica que, la readaptación social, bien entendida, sólo quiere poner al individuo en condiciones de no delinquir nuevamente, dándole los elementos para valorar, regular y orientar sus conducta, sin privarlo de capacidad de decisión, que le da el sentido moral y el valor jurídico al comportamiento. Actualmente como medios de readaptación social, se cuenta con el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Como parte del criterio particular del citado jurista, está el de señalar que, la Constitución pretende devolver a la comunidad, una vez ejecutada la condena, un individuo capaz de conducirse de acuerdo con las reglas de conducta prevalecientes, esto es, un sujeto socialmente readaptado.

Cabe agregar a lo anterior que, la base de las disposiciones de readaptación y los medios para alcanzarla, reside en una razonada convicción de raíz criminológica, mediante la que se define que el delito es resultado de una suma de factores causales, diversamente asociados en cada caso particular; concurriendo en él datos biológicos, sociales,

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

ambientales, etcétera; por lo tanto, una de las primeras conclusiones del exponente, si se quiere la readaptación social del delincuente será necesario atacar las causas individuales del delito, tarea que implica el uso de diversas medidas, aplicables a un caso en concreto. Por lo que corresponde al trabajo y a la educación implementados como medios para alcanzar el fin buscado, con ellos, señala, no se agota el catálogo de instrumentos para la readaptación, en virtud de que con frecuencia es necesario recurrir a otros medios, como cuando un delincuente padece una enfermedad física o psíquica que demande atención médica.

Ahora bien, por cuanto corresponde a la prisión, tema relevante del artículo 18 constitucional, dice que, el sistema penal trazado por el legislador constitucional, están dirigidas a dicha sanción, ya que señala simultáneamente al sistema penal y a la separación de hombres y mujeres para el cumplimiento de las penas. Todo lo relevante a esta medida sancionatoria, se encuentra tratada en los párrafos primero, segundo, tercero y quinto del citado precepto legal.

Por medio de la prisión, legalmente estipulada y judicialmente aplicada, señala el citado jurista, una persona se ve sujeta a la privación de su libertad durante un determinado jurista, que depende de la duración de un proceso instruido en su contra o por virtud del cumplimiento de la sentencia a la que fue condenada, la primera denominada prisión preventiva y la segunda punitiva, una es un instrumento cautelar por fuerza provisional y revocable, mientras que la otra constituye una sanción desde el punto de vista jurídico. A criterio del Maestro a quien citamos, la prisión preventiva es resentida por el individuo como una verdadera sanción, pues es privado drásticamente de su libertad, situación tratada mediante el tecnicismo normativo, referente a la presunción de su inocencia que ampara a todos los procesados.

Por cuanto hace a la expresión "pena corporal", dándole una interpretación juiciosa al texto constitucional, es considerara como un sinónimo de prisión, muerte y, en forma adyacente, a las sanciones restrictivas de la libertad.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Así como también, pueden derivarse del precepto constitucional en estudio, una clasificación de los centros de internamiento, de tal virtud que los hay primeramente de prisión preventiva y la cárcel preventiva, en segundo lugar, en éstos existe la debida separación de hombres y mujeres en cada uno de ellos, y en un tercer nivel encontramos la distinción entre el sujeto adulto delincuente y el menor infractor.

Y por último, entra al análisis del párrafo cuarto, interés objetivo en la fundamentación del presente apartado, del artículo 18 Constitucional, en el que señala que, suele darse un trato especial a los menores de edad que incurren en conductas previstas como delictuosas por las leyes penales; por lo que en el derecho antiguo trató de moderar la actuación con malicia y aquella que no tiene intención, y mediante el avance de las ideas y prácticas penales se llegó a la exclusión progresiva de los menores del imperio de la ley penal.; en virtud de lo anterior se fue fijando determinada edad, que periódicamente se fue elevando. En 1931 en México predominaba la edad de 18 años como lindero entre la minoría de edad, excluyente de la ley penal, y la mayoría de edad, que hacía al sujeto penalmente responsable de su conducta.

Por lo que al encontrarse exentos los menores de la ley penal, señala **Sergio García Ramírez**, fue necesario elaborar un Derecho especial para los jóvenes infractores en el que figuraron tres capítulos fundamentales, que a saber, los comportamientos que determinan la aplicación de ese Derecho especial, al que se le quiso dar naturaleza tutelar; órganos y procedimientos que intervienen para la corrección de los menores infractores; y las medidas aplicables a estos sujetos, diferentes, en calidad y cantidad, de las previstas para los adultos delincuentes. Las medidas fueron divididas en dos grandes rubros, el internamiento en centros de rehabilitación y el tratamiento en libertad, con entrega a la familia propia del sujeto o a una familia sustitutiva. Apareciendo en México en 1923 el Tribunal para Menores de San Luis Potosí.

El Constituyente de 1917 no dispuso nada en el texto del artículo 18 Constitucional a propósito de los menores infractores, éste silencio, señala nuestra fuente de cita, provocó

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

dudas e interpretaciones encontradas acerca del régimen jurídico aplicable a estos sujetos, por lo que en 1964 el Presidente de la República envió al Congreso una iniciativa de adiciones al precepto constitucional en cita, forma en la cual, como lo analizamos con anterioridad, se dio el surgimiento de la actual cuarto párrafo del artículo en estudio; naciendo de tal forma el concepto de menor infractor en el Derecho Constitucional mexicano, deslindado del adulto delincuente.

Se hace el señalamiento especial al concepto de "instituciones especiales", que cobran relieve en el propósito de éstas el "tratamiento". La noción del tratamiento, está vinculada con el actuar sobre el sujeto para contrarrestar los factores causales del delito en el caso particular. Por cuanto hace a las instituciones debe abarcarse no sólo a los establecimientos o centros de internamiento, sino, más ampliamente, a un sistema jurídico específico y característico, unos órganos para el conocimiento de la conducta antisocial de los menores mediante el tratamiento previsto; de tal forma, se da lugar, a la naturaleza del derecho de menores completamente ajeno al derecho punitivo aplicable a los delinquentes adultos.

Haciendo una reseña histórica, dice que, la época de mayor desarrollo del derecho de menores fue en 1973 cuando se expidió la Ley que creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, la cual fue derogada por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, de 1992, que en lugar de los Consejos Tutelares y el procedimiento tutelar estableció los órganos y procedimientos similares a los vigentes en el sistema penal común. Hecho el anterior, considerado por otros autores, el regreso de los menores al derecho penal, pero en forma limitada.

De los anteriores antecedentes históricos, así como los conceptos y consideraciones vertidas por Don Sergio García Ramírez, tenemos por fundamentado el origen y las bases constitucionales que fundamenta el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Unidos Mexicanos, al sistema de justicia penal de nuestro país, por lo que pasaremos al análisis del ordenamiento jurídico e instituciones del Derecho de Menores Infractores.

**2.- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores  
del Distrito Federal en Materia Común y para  
toda la República en Materia Federal**

A manera de preámbulo del presente apartado, podemos señalar que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, es la primera en su clase que presenta la finalidad de unificar criterios en relación con la materia que regula, una federalización, que en opinión de algunos tratadistas, es un acierto de gran relevancia. La mencionada Ley, fue publicada el 24 de diciembre de 1991 en el Diario Oficial de la Federación, señalándose como fecha de su entrada en vigor, tres meses posteriores a la de su publicación

Con lo anterior, se abrogó la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal; así como, se derogaron diversos artículos del Código Penal,<sup>218</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de los Códigos de Procedimientos Penales Federal y para el Distrito Federal, todos ellos, relacionados con el tratamiento de menores infractores.

Dentro de la presente Ley, encontramos un Título Preliminar,<sup>219</sup> en el que se encuentran contempladas las bases y lineamientos de dicho ordenamiento jurídico, dentro de los que se prevé que, tiene como objeto el reglamentar la función del estado en la protección de los derechos de los menores, así como la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal.

<sup>218</sup> Se trata del Título Sexto, denominado "Delincuencia de Menores", que se encontraba conformado por los Artículos del 119 al 122 del C.P.

<sup>219</sup> Cfr. Artículos 1, 2 y 3 de la L.T.M.I.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Establece su competencia territorial, en el Distrito federal por cuanto hace a la materia común, y en toda la república, por cuanto hace a la materia federal.

Se garantiza el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los Tratados Internacionales, previniendo la aplicación de sanciones para el caso de omitir la observancia de tales disposiciones. Asimismo, prohíbe el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica o cualquier otra acción que atente en contra de la dignidad o integridad física o mental del menor, por lo que deberá recibir un trato justo y humano.

Esta Ley "pretende proporcionarle a los menores infractores una auténtica justicia, tomando en cuenta el respeto a las garantías a las que tienen derecho, y adecuar el procedimiento a los nuevos tiempos, buscando en todo momento su adaptación a la sociedad".<sup>220</sup>

"El espíritu que anima la Ley contiene una profunda motivación humanitaria, en beneficio de los menores que en un momento de terminado infringen dispositivos legales. Tan es así, que recoge la opinión de diversos especialistas quienes han manifestado, que los derechos de los menores han estado notablemente limitados, violentándose principios fundamentales en la vida jurídica de todo individuo, como son: el de la legalidad y audiencia, de defensa y de seguridad jurídica".<sup>221</sup>

La competencia de la ley, de acuerdo con los sujetos a quien se dirige, es para los mayores de 11 pero menores de 18 años respecto a los actos u omisiones que se encuentren tipificados en la leyes penales como delitos, y que sean cometidos dentro del límite temporal aludido. Excluyendo a todos aquellos menores de 11 años, quienes deberán ser sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y

<sup>220</sup> Dictamen de la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, pag. XII

<sup>221</sup> *Ibid.*, pag. II.

privado, destinadas a tal objeto, quienes fungirán como auxiliares del Consejo de Menores; así como, a todos los sujetos de derecho penal, que cuenten con 18 años de edad al momento de cometer un delito.<sup>222</sup>

El contenido del ordenamiento jurídico aludido, contempla, tanto el procedimiento a seguir para los sujetos de su competencia, las denominaciones, atribuciones y funciones de sus instituciones, así como las facultades y competencia del Consejo de Menores, este último lo analizaremos el apartado último del presente Capítulo.

En primer lugar, podemos señalar que, en cuanto al procedimiento de gran importancia resulta el reconocimiento al menor de ciertas garantías mínimas en favor del menor infractor, las cuales se encuentran previstas en el Capítulo I, del Título Tercero de la Ley, denominado como "Reglas Generales". Dentro de las que destacan, que durante el procedimiento todo menor será tratado como humanidad y respecto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales, gozando de la presunción de inocencia durante el proceso, mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya; deberá darse aviso de su situación a sus representantes legales o encargados, inmediatamente; tendrá el derecho a nombrar defensor y, en caso de que no lo haga, a que le sea nombrado uno de oficio; el derecho a saber quién lo acusa y el por qué de la acusación; el derecho a no declarar en su contra; el derecho a aportar pruebas, presentar testigos, recabar todos aquellos elementos que le ayuden en su defensa; el derecho a ser careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra; y no permanecer detenido por más de 48 horas sin que medie orden que así lo justifique salvo el caso de la ampliación del término para dictar la Resolución inicial.<sup>223</sup> Todas estas garantías, son consagradas a favor de los sujetos del derecho penal, mayores de 18 años, en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aquí cabría preguntarnos ¿Que acaso, tienen mejor derecho los sujetos imputables del derecho penal mexicano, para que nuestra Carta Magna contemple las garantías mínimas de

<sup>222</sup> Cfr. Artículos 4 y 6 de la L.F.M.I.

<sup>223</sup> Cfr. Artículo 36 de la L.F.M.I.

seguridad jurídica para todo proceso penal, y no así las de los menores infractores?. ¿Porque, nuestros legisladores, persisten en tener dentro de un marco jurídico más restringido a los menores infractores?. ¿Cual es la diferencia para la concesión de garantías entre uno y otro sujeto?. ¿Porque, no establecer bajo la misma jerarquía de leyes las garantías seguridad jurídica que deberán seguirse en todo proceso penal, tanto a los sujetos de derecho penal como a menores infractores?

Así también se establece que, el Consejero Unitario al decretar la sujeción del menor al proceso, deberá determinar si durante el mismo, deberá estar el menor bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados, o a disposición del Consejo, en sus centros de diagnóstico.<sup>224</sup> Esto deberá estar sujeto, a que la conducta que corresponda a ilícitos previstos en las leyes penales admitan o no la libertad provisional bajo caución. Una garantía más, otorgada en dentro del procedimiento de menores infractores, es aquella relativa a la prohibición dirigida a todos los medios de difusión, para que se abstengan de publicar la identidad de los menores sujetos al procedimiento y a la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento.<sup>225</sup>

Una vez determinada la sujeción al procedimiento del menor, deberá practicarsele un diagnóstico biopsicosocial durante la etapa de instrucción, que servirá como base para el dictamen a emitir por el Comité Técnico Interdisciplinario.<sup>226</sup>

Las etapas que comprende el procedimiento ante el Consejo de Menores, son las siguientes:<sup>227</sup>

- Integración de la investigación de infracciones;
- Resolución inicial;
- Instrucción y diagnóstico;

<sup>224</sup> Cfr. Artículo 37 de la L. T.M.I.

<sup>225</sup> Cfr. Artículo 123 de la L. T.M.I.

<sup>226</sup> Cfr. Artículo 38 de la L. T.M.I.

<sup>227</sup> Cfr. Artículo 7 de la L. T.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

- Dictamen técnico;
- Resolución definitiva;
- Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento;
- Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento;
- Conclusión del tratamiento; y
- Seguimiento técnico ulterior.

Ahora bien, procederemos a hacer una breve reseña analítica de cada una de estas etapas procesales, previstas por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

La integración de la investigación de infracciones. Cuando en una averiguación previa seguida ante el Ministerio Público se atribuya a un menor la comisión de una infracción sancionada por las leyes penales, dicho representante legal deberá entregarlo de inmediato a la Unidad Administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, a disposición del comisionado en turno. El comisionado practicará, entonces, las diligencias para comprobar la participación del menor en la comisión de la infracción.<sup>228</sup>

En caso de conductas no intencionales o culposas, o cuando éstas correspondan a ilícitos que en las leyes penales no merezcan pena privativa de libertad o que permitan sanción alternativa, el Ministerio Público o el comisionado entregarán de inmediato al menor a sus representantes legales o encargados, fijando en el mismo acto la garantía correspondiente para el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Los representantes legales o encargados del menor quedarán, empero, obligados a presentar al menor ante el comisionado cuando para ello sean requeridos. Lo anterior también se aplicara, cuando la infracción corresponda a una conducta tipificada por la leyes penales, que no merezca pena privativa de libertad o que tenga sanción alternativa.

---

<sup>228</sup> Cfr. Artículo 46 de la L. I. M. I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Si el menor no hubiere sido presentado, el Agente del Ministerio Público remitirá todas las actuaciones practicadas al Comisionado en turno, quien, dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que tome conocimiento de las infracciones atribuidas a los menores, turnará las actuaciones al Consejero Unitario para que éste resuelva conforme a derecho.

Asimismo, el Consejero Unitario al recibir las actuaciones por parte del Comisionado, radicara de inmediato el asunto, abriendo el expediente del caso, así como practicará sin demora todas las diligencias que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Cuando el menor no sea presentado ante el Consejero Unitario, solicitará a las autoridades administrativas competentes su localización, comparecencia o presentación.<sup>229</sup>

Por cuanto hace a la resolución inicial, precederá a la declaración inicial del menor, la cual deberá ser tomada dentro de las siguientes veinticuatro horas, contadas desde el momento en que haya quedado a disposición del Consejo, dentro de la cual se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra, la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar.<sup>230</sup>

La resolución inicial deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que el menor quede a disposición del Consejo, salvo los casos en que se duplique este término por solicitud del menor o de su defensa.<sup>231</sup> Dicha resolución deberá contener como requisitos de forma y fondo, el lugar, fecha y hora en que se ermita; los elementos que integren la infracción que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales; los elementos que determinen o no la presunta participación del menor en la comisión de la infracción; el tiempo, lugar y circunstancias de los hechos; los fundamentos legales, las razones y las causas por las cuales se considere la acreditación o no de la infracción y la

<sup>229</sup> Cfr. Artículos 47, 48 y 49 de la L. F. M. I.

<sup>230</sup> Cfr. Fracción V del Artículo 36 de la L. F. M. I.

<sup>231</sup> Cfr. Fracción IX del Artículo 36 de la L. F. M. I.

la posible participación del menor en su comisión; la sujeción del menor al procedimiento, a la práctica del diagnóstico, o en su caso, la determinación de que no ha lugar a la sujeción a procedimiento del menor, con las reservas de ley; las determinaciones de carácter administrativo que procedan; el nombre y la firma del Consejo Unitario que la emita, así como la del Secretario de Acuerdos, que dará fe.<sup>232</sup>

Conforme a lo anterior, se deduce las tres formas de resolver por parte del Consejo Unitario la Resolución Inicial, que determinará la situación jurídica del menor indiciado, misma que a saber son:

- a) De no sujeción del menor al procedimiento con las reservas de Ley;
- b) Sujeción del menor al procedimiento quedando éste bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados; o
- c) Sujeción del menor al procedimiento quedando éste a disposición del Consejo, en los Centros de Diagnóstico.

Una vez emitida la resolución de sujeción del menor al procedimiento, se declarará la apertura de la etapa de instrucción. La instrucción del procedimiento tendrá una duración máxima de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que se haya hecho la notificación de la resolución inicial.<sup>233</sup> Dentro de este periodo el defensor del menor y el comisionado contarán hasta con cinco días hábiles a partir de la notificación para ofrecer por escrito las pruebas que consideren pertinentes.

Aquí es donde aparece, nuevamente, un rasgo más característico del sistema inquisitivo penal, aún cuando conforme a derecho el procedimiento de menores infractores se considere fuera del derecho penal, no podemos pasar en alto que conforme a la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores se toman muchas de las similitudes del procedimiento en mención, por lo que durante el lapso probatorio, el Consejero podrá recabar, de oficio, las pruebas y ordenar la práctica de las diligencias que considere

---

<sup>232</sup> Cfr. Artículo 50 de la L.F.M.I.

<sup>233</sup> Cfr. Artículo 51 de la L.F.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Por lo cual, es notoria la falta de imparcialidad de los funcionarios responsables de tramitar el procedimiento de menores infractores.

El procedimiento ante los órganos del Consejo son admisibles todos los medios de prueba, salvo aquellos que no estén prohibidos por el Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>234</sup> La valoración de la pruebas, estará apegada a las reglas de la lógica jurídica y a las máximas de experiencia, teniendo como obligación el órgano de conocimiento, en su resolución exponer cuidadosamente los motivos y los fundamentos de la valoración realizada.<sup>235</sup>

La audiencia de pruebas y alegatos tendrá verificativo dentro de los diez días hábiles, contados a partir del término del plazo para el ofrecimiento de pruebas. Esta audiencia se desarrollará sin interrupción en un solo día, salvo cuando sea estrictamente necesario prolongarla, en estos casos su continuación se realizará al día siguiente.<sup>236</sup> Una vez desahogadas la totalidad de las pruebas, se declarará cerrada la instrucción y se pasará a la formulación de los alegatos correspondientes, o en su caso se concederá media hora para su exposición oral.<sup>237</sup>

Dentro de la etapa de instrucción se practicará al menor un diagnóstico, entendido éste como el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permitan conocer la estructura psicosocial del menor, mismo que tiene por objeto el conocimiento de la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarios que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial. Dicho diagnóstico estará a cargo de los profesionales adscritos a la Unidad Administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, y para lograr su

---

<sup>234</sup> Cfr. Artículo 55 de la L. T. M. I.

<sup>235</sup> Cfr. Artículo 58 de la L. T. M. I.

<sup>236</sup> Cfr. Artículo 53 de la L. T. M. I.

<sup>237</sup> Cfr. Artículo 54 de la L. T. M. I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

objeto, se practicarán los estudios médico, psicológico, pedagógico y social, así como los que en su caso se requieran.<sup>238</sup>

El lapso para la práctica del diagnóstico, mediante los estudios biopsicosociales, será de no más de quince días, a partir de la orden o solicitud de practica por parte del Consejero Unitario.<sup>239</sup>

El Comité Técnico Interdisciplinario, solicitará al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor y emitir el dictamen correspondiente, respecto de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento conducentes a la adaptación social del menor. Debiendo reunir los siguientes requisitos: una relación sucinta de los estudios biopsicosociales practicados al menor; las consideraciones mínimas que han de tomarse en cuenta para individualizar la aplicación de las medidas que procedan según el grado de desadaptación social del menor, como son, la naturaleza y gravedad del hecho, así como las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión, los aspectos personales del menor, instrucción, cultura y conducta precedente, los motivos que lo impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba al momento de concretarla, el vínculo existente entre el menor y el ofendido, y por ultimo, los puntos conclusivos, en los que se determinará la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno.<sup>240</sup>

La Resolución definitiva deberá dictarse dentro de los cinco días hábiles siguientes al término de la audiencia de pruebas y alegatos y notificarse inmediatamente a las partes.

En ella se hará el examen exhaustivo del caso y se valorarán las pruebas. Deberá, entonces, determinarse en sus puntos resolutivos si quedó o no acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, en cuyo caso se

<sup>238</sup> Cfr. Capítulo II del Título Quinto de la L.T.M.I.

<sup>239</sup> Cfr. Artículo 94 de la L.T.M.I.

<sup>240</sup> Cfr. Artículos 22 y 60 de la L.T.M.I.

individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación social del menor, tomando en consideración el dictamen técnico emitido al efecto por el Comité Técnico Interdisciplinario.

Existe un recurso de Impugnación en contra de las Resoluciones por los Consejeros Unitarios, ante las cuales procede el recurso de Apelación, éstas resoluciones son la inicial, la definitiva y la que modifique o dé por terminado el tratamiento interno. Este recurso tiene por objeto modificar o revocar las resoluciones impugnadas.<sup>241</sup>

Podrán interponer el Recurso de Apelación, ante el Consejero Unitario correspondiente, el defensor del menor, sus legítimos representantes o bien el comisionado. Deberá hacerse por escrito y dentro de los tres días posteriores al día en que surta efecto la notificación de la resolución impugnada.<sup>242</sup>

Por cuanto hace a la Sala Superior, ésta deberá resolver el recurso dentro de los tres días siguientes a su admisión, tratándose de resolución inicial, pero tratándose de la definitiva o de la que modifique o dé por terminado el tratamiento interno, será dentro de los cinco días posteriores. Por lo que su substanciación se realizará en una sola audiencia, en donde deberán ser oídos el defensor y el comisionado únicamente y se resolverá lo procedente,<sup>243</sup> que podrá ser de, decretar el sobreseimiento de la causa, la confirmación o modificación de la resolución recurrida, la revocación con efectos de reposición del procedimiento o ésta lisa y llana en contra de la resolución materia del recurso.<sup>244</sup>

La Resolución deberá engrosarse en un plazo de tres días posteriores a la celebración de la audiencia. Se notificará a las partes y se remitirá el expediente al órgano que haya dictado la Resolución impugnada.

---

<sup>241</sup> Cfr. Artículo 63 de la L. T. M. I.

<sup>242</sup> Cfr. Artículos 67 y 69 de la L. T. M. I.

<sup>243</sup> Cfr. Artículo 70 de la L. T. M. I.

<sup>244</sup> Cfr. Artículo 72 de la L. T. M. I.

No son recurribles las resoluciones dictadas por la Sala Superior respecto de los recursos interpuestos ante ella.

También tenemos dentro del procedimiento, otras figuras jurídicas, la de suspensión del procedimiento por una parte, y la del sobreseimiento por la otra. La suspensión del procedimiento se decretará, cuando habiendo transcurrido tres meses posteriores a la radicación del asunto, no se presente el menor ante el Consejero Unitario respectivo; cuando el menor se sustraiga de la acción de los órganos del Consejo; y cuando el menor se encuentre temporalmente impedido física o psíquicamente que haga imposible la continuación del procedimiento. Dicha suspensión procederá de oficio o a petición de parte, y una vez cesada la causa que dio origen a la suspensión se procederá a la continuación del procedimiento.<sup>245</sup>

El sobreseimiento de la causa, se decretará, cuando se suscite la muerte del menor; cuando padezca un trastorno psíquico permanente; cuando se dé alguna de las hipótesis de caducidad previstas en la Ley de Menores; cuando se compruebe durante el procedimiento que la conducta atribuida al menor no constituya una infracción; y cuando se compruebe por medio de un acta del Registro Civil o dictamen médico, que el presunto infractor al momento de cometer la infracción sea mayor de edad. En los casos anteriores, el Consejero Unitario sobreseerá la causa de oficio y dará por terminado el procedimiento.

Por cuanto hace a las medidas que contempla la Ley, se han dividido en tres grandes grupos: de orientación, de protección y de tratamiento. Procederemos inicialmente a analizar las dos primeras medidas.

La finalidad de las medidas de orientación y de protección consiste en obtener que el menor que ha cometido una infracción sancionada por la ley penal no incurra en infracciones futuras,<sup>246</sup> en otras palabras, evitar su reincidencia.

---

<sup>245</sup> Cfr. Capítulo IV del Título Tercero de la L. I. M. I.

<sup>246</sup> Cfr. Artículo 96 de la L. I. M. I.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Dentro de las medidas de orientación, tenemos, la amonestación, el apercibimiento, la terapia ocupacional, la formación ética, educativa y cultural, y la recreación y de deporte.<sup>247</sup>

Y como medidas de protección, la Ley tiene consideradas, el arraigo familiar, el traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar, la inducción para asistir a instituciones especializadas, la prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos, y la aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal, para los casos de comisión de delitos.<sup>248</sup>

La última medidas, es aquella relativa al tratamiento, externo e interno. Debiéndose entender por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnica, y disciplina pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del menor. Tales medidas, tiene como objeto, lograr la autoestima del menor, modificar los factores negativos de su estructura biopsicosocial, promover y propiciar la estructuración de valores y la formación de hábitos que contribuyan al adecuado desarrollo de su personalidad, reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales, y fomentar los sentimientos de solidaridad familiar, social, nacional y humana.<sup>249</sup> Por tal motivo dicho tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al menor con el apoyo de su familia.

El tratamiento antes referido, podrá aplicarse de acuerdo a las siguientes modalidades, en el medio sociofamiliar del menor o en hogares sustitutos, cuando se trate de tratamiento externo; o bien, en los centros que para tal efecto señale el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.<sup>250</sup>

<sup>247</sup> Cfr. Artículo 97 a 102 de la L.T.M.I.

<sup>248</sup> Cfr. Artículos 103 a 109 de la L. T.M.I.

<sup>249</sup> Cfr. Artículos 110 y 111 de la L.T.M.I.

<sup>250</sup> Cfr. Artículo 112 de la L.T.M.I.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

De conformidad con el artículo 119 de la Ley para el Tratamiento de Menores, en estudio, el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años.

Y por último, encontramos la etapa de seguimiento de las medidas aplicadas al menor, dirigidas a conseguir su adaptación a la sociedad, por lo que el seguimiento técnico del tratamiento deberá llevarse a cabo por la unidad administrativa de prevención y tratamiento del menor, una vez que se concluya éste, con el objeto de reforzar y consolidar la adaptación social del menor. El seguimiento técnico de dicho tratamiento, tendrá una duración de seis meses contados a partir de que concluya su aplicación.<sup>251</sup>

También, se tiene previsto dentro de la presente Ley en estudio, un Capítulo especial referente a la Reparación del Daño, resultante de la comisión de la infracción prevista como delito en las leyes penales, éste incidente está establecido en el Título Cuarto; la reparación del daño podrá solicitarse por el afectado o sus representantes ante el Consejero Unitario, y éste deberá correr traslado de dicha solicitud al defensor del menor, citando a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación, misma que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes. En la audiencia se procurará el advenimiento entre las partes, proponiéndoles alternativas para solucionar la cuestión incidental, si se llega a un convenio, será aprobado de plano, teniendo validez y surtirá los efectos de un título ejecutivo, para el caso de incumplimiento. Y en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, si habiéndolo no se cumpliere el convenio resultado de la conciliación, se dejarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer ante los tribunales civiles en la vía y los términos que a su interés convenga.<sup>252</sup>

No obstante de las críticas recibidas por ésta Ley, también cierto es que la misma obedece a los múltiples reclamos tanto de especialistas y como del público en general, en el sentido de elaborar un nuevo ordenamiento que contemplara el irrestricto respeto a los

<sup>251</sup> Cfr. Artículos 120 y 121 de la L.T.M.I.

<sup>252</sup> Cfr. Artículos 86 y 87 de la L.T.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

derechos humanos del menor en materia procesal. Así como también, una expresión estatal en el sentido de acatar las previsiones de derechos que sobre menores se establecen en Tratados y Convenios Internacionales celebrados con tal objeto, mismo que se encuentran plasmados en diversos artículos del nuevo ordenamiento.

Ante tales aspectos críticos y aprobatorios, es menester a manera de citación, exponer algunas consideraciones que al respecto vierte la tratadista **Laura Sánchez Obregón**, quien los expone como aciertos y limitaciones de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.<sup>253</sup>

En primer lugar, señala la citada tratadista que, dentro del artículo 1º de la Ley en análisis, presenta tres grandes logros, que a saber son:

Primero. El reconocimiento expreso de la necesidad de proteger los derechos de los menores, en el de la delincuencia juvenil;

Segundo. El que sea una legislación de carácter federal, especializada en el tratamiento de menores. No obstante que también por cuanto hace a la materia común se estará sujeto a la ley local de la materia, pero sujeta al procedimiento e instituciones señaladas por ésta Ley de Menores por cuanto hace a la materia federal, misma que deberá ser aplicada en cada entidad federativa;y

Tercero. Por cuanto hace a la competencia de la Ley, se encuentra limitada a conocer de la conducta de personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificadas en las leyes penales, rompiendo con los lineamientos más amplios de la anterior ley.

---

<sup>253</sup> Sánchez Obregón, Laura, "Menores Infractores y Derecho Penal". Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición, México, 1995, pág. 97 a 120.

**Luis Rodríguez Manzanera**, al referirse al límite mínimo de edad para considerar a un niño sujeto de una ley de menores, afirma que: "La determinación de una edad cronológica fija como punto a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizá necesaria para que la estructura legal proteja a los niños de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva."<sup>251</sup>

La edad de 6 años ha sido señalada en México, como el límite inferior para la aplicación de la Ley de Menores, lo cual se deduce de la redacción de la fracción XXVI del artículo 27 de la Ley de la Administración Pública Federal, ya que ni el Código Penal ni la Ley del Consejo Tutelar hacen mención de cuál es la edad inferior en que puede actuarse contra el menor infractor, siendo un acierto el haber fijado tal límite en los 11 años, evitando en gran ventaja la arbitrariedad al respecto, en atención a la etapa del desarrollo del ser humano en que se deja la infancia, por lo que este límite parece adecuado.

Dichos menores de 11 años deberán quedar a disposición de la asistencia social. Esta asistencia quedará a cargo de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, y que resultará positiva siempre y cuando estas instituciones "de asistencia y protección" no se conviertan en cárceles de menores.

La competencia material en cuestión de justicia de menores experimenta con el Consejo de Menores y la nueva Ley un cambio radical, de acuerdo al principio de juricidad se reduce la potestad de intervención del Consejo exclusivamente a los casos en que se haya violado la ley penal.

Se resuelve el problema de la falta de legitimidad del Estado para sancionar. Pues éste sólo está legitimado para sancionar conductas graves lesivas de bienes jurídicos, conforme a la regulación del derecho penal. Por lo que, siendo también las medidas que se imponen a los menores sanciones, en razón de consistir en privación coactiva de bienes y

<sup>251</sup> **Abad**, Sánchez Oregón, Laura, *op. cit. supra*, Pág. 99

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

derechos, con independencia del nombre que se les dé, el Estado está legitimado para sancionar a los menores en caso de incurrir éstos en presupuestos previstos en las leyes penales. Adquiriendo de tal forma la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores legitimidad en el marco de un Estado de derecho.

Esta Ley introduce un sistema con apego parcial al principio de legalidad, por virtud del cual se dispone que ninguna medida será aplicable sin la comisión de una conducta previa y explícitamente prohibida por las leyes penales, de tal forma que, se impide que se sigan procedimientos por violaciones a disposiciones administrativas o por simples "estados de peligro", a diferencia de lo previsto por la Ley anterior de los Consejeros Tutelares.

Finalmente, se excluye de la legislación de menores el llamado derecho penal de autor que, bajo el fin de la "corrección", no sanciona un acto en sí, sino la personalidad peligrosa de su autor. Fórmula excesivamente vaga, contraria a la exigida tipificación legal de las conductas.

Respecto a procedimiento ante el Consejo de Menores, **Sánchez Obregón**, refiere que el mismo reviste características muy similares a las de un procedimiento estrictamente penal, ocultado bajo la diferencia terminológica. La intención del legislador de garantizar al menor ciertos derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados internacionales es evidente.

Señala que no obstante, de no reconocer a los menores como "delincuentes" en un juicio del orden criminal especial, sino como "infractores" sujetos a un proceso tutelar, conlleva a que las "garantías constitucionales" que se les conceden no son todas y son limitadas.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

La tratadista **Laura Sánchez Obregón**,<sup>255</sup> refiere que existen algunas circunstancias que constituyen laguna en la Ley, por no existir alguna disposición que las contemple, misma que a saber son:

a) No existe como requisito de procedibilidad, para imputarle un hecho calificado por la Ley en estudio como infracción penal, la querrela de la parte ofendida requerida por algunos tipos penales, misma de la cual se basa la ley de menores para considerar dichas infracciones, de tal manera que no se faculta al Ministerio Público para proceder de oficio en tales circunstancias. Asimismo, por lo anterior, no puede suspender el procedimiento de Averiguación Previa ante la falta de inexistencia de dicho requisito procedimental previsto, artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el procedimiento para delinquentes adultos; igual situación se presenta, cuando el ofendido se presenta ante la autoridad jurisdiccional a otorgar el perdón, se omite hacer señalamiento alguno por la Ley de Menores, relativo al sobreseimiento de la causa que debe darse consecuentemente a éste acto procesal del desistimiento del interés legal de la parte agraviada.

b) La resolución Inicial del procedimiento de menores infractores, tiene como requisitos de sujeción a procesos de un sujeto, el que se acredite la infracción a la ley penal, así como la participación de éste en su comisión,<sup>256</sup> siendo omisa en considerar la verificación de las causas de justificación o eximentes de responsabilidad penal.

Situación en contrario, a la que sí hace referencia el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, supletoria de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, en su fracción V, en donde se señala que el Ministerio Público no ejercerá la acción penal, cuando de las diligencias practicadas se desprende plenamente que el inculcado actuó en circunstancias que excluyan la responsabilidad penal del inculcado.

<sup>255</sup> Sánchez Obregón, Laura, *op. cit. supra*, nota 253, Págs. 111 a 114

<sup>256</sup> Cfr. Artículo 50 de la L. F. M. I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

c) La disposición que se señala en la Resolución Inicial del procedimiento de menores, sobre la situación personal del individuo, de quedar bajo la custodia y guarda de sus representantes legales o encargados, o del Consejo en los centros de Diagnóstico, no se señala bajo que criterio se toma esta determinación. Por lo que no se señala la libertad provisional del menor infractor como un derecho, situación contraria prevista en el artículo 20 Constitucional relativo a los adultos delincuentes, sino que solamente se impone la obligación a la autoridad, Consejero Unitario, de no otorgar la libertad del menor cuando se trate de conductas que correspondan a ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución. Situación que se aplica a contrario sensu en los casos opuestos.

d) La imposición de medidas que son impuestas al menor en la resolución definitiva se encuentran al arbitrio del Consejero, por cualquiera de las infracciones a las leyes penales, vulnerándose de manera patente el principio de proporcionalidad de las penas.

Ahora bien, por cuanto hace a las Impugnaciones, previstas por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores en contra de las resoluciones que emitan los Consejeros Unitarios, tenemos el de apelación, del que conocerá la Sala Superior del Consejo, mediante el cual serán revisadas las resoluciones por un órgano diferente al que lo emite, que tiene por objeto el de modificarlas o revocarlas. Este medio de impugnación se encuentra contemplado en el Capítulo III denominado "Del Recurso de Apelación".<sup>257</sup>

Procede en contra de la resolución inicial, definitiva y la que modifique o dé por terminado el tratamiento interno. A excepción de aquellas relativas a la evaluación del desarrollo del tratamiento;<sup>258</sup> así como tampoco, las resoluciones emitidas por las Sala Superior respecto de los recursos interpuestos ante ella.<sup>259</sup> Cabe hacer la mención de que el recurso se interpone ante el Consejero Unitario que emitió la resolución impugnada, para

<sup>257</sup> Cfr. Artículos 63 a 72 de la L.T.M.I.

<sup>258</sup> Cfr. Artículo 63 de la L.T.M.I.

<sup>259</sup> Cfr. Artículo 65 de la L.T.M.I.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

que este remita de inmediato los autos a la Sala Superior.<sup>260</sup> Pero por cuanto hace a las que ordenen la terminación del tratamiento interno o lo modifiquen serán recurribles a instancias del Comisionado o del defensor.<sup>261</sup>

Este recurso es improcedente cuando quienes estén facultados para interponerlo se hubieren conformado expresamente con la resolución o no lo hubieren hecho valer dentro de los términos previstos por la Ley, o se desistieren con posterioridad.<sup>262</sup>

Únicamente podrán interponer el recurso de apelación el defensor del menor, los legítimos representantes y, en su caso los encargados del menor y el comisionado.<sup>263</sup>

Dentro de este recurso, podemos hacer énfasis, en la importancia de que la Sala Superior tenga la obligación, conforme a la ley, de suplir las deficiencias en la expresión de los agravios de los recurrentes, con excepción del comisionado.<sup>264</sup> Y como términos para interponer el recurso, se tiene tres días posteriores de aquél en que surta sus efectos la notificación de la resolución a impugnar, mismo que deberá ser por escrito.<sup>265</sup>

En el Capítulo IV de la Ley en estudio, se establecen las medidas de tratamiento externo e interno, dentro de las cuales podemos observar que las mismas son indeterminadas tanto en su especie como en su duración, salvo lo señalado como límite máximo; así como no existen parámetros definidos para determinar la aplicación de cada una de las medidas, pues queda al total arbitrio del Consejero Unitario.

La conclusión del tratamiento, señala **Sánchez Obregón**, quedará al arbitrio del Consejero, sin que rebase el límite previsto por la resolución que determina la aplicación de

<sup>260</sup> Cfr. Artículo 71 de la L.T.M.I.

<sup>261</sup> Cfr. Artículo 63 de la L.T.M.I.

<sup>262</sup> Cfr. Artículo 65 de la L.T.M.I.

<sup>263</sup> Cfr. Artículo 67 de la L.T.M.I.

<sup>264</sup> Cfr. Artículo 68 de la L.T.M.I.

<sup>265</sup> Cfr. Artículo 69 de la L.T.M.I.

### **Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

las medidas; no obstante de que, con base en el dictamen técnico del Comité el Consejero pueda liberar al menor de la medida impuesta, modificarla o mantenerla sin cambio según las circunstancias que se desprendan de la evaluación. Este tratamiento no podrá ser suspendido, aún cuando el menor cumpla la mayoría de edad, sino hasta que a juicio del Consejero Unitario, haya logrado su adaptación social, sin rebasar el términos antes citado.

No obstante de lo anterior, también existe un seguimiento técnico ulterior, consistente en que aún concluido el tratamiento al que ha sido sometido el menor, la Unidad Administrativa Encargada de la Prevención y Tratamiento de los Menores, con el objeto de reforzar y consolidar la adaptación social del menor, llevará a cabo dicho seguimiento, que tendrá la duración de seis meses, con el fin de obtener la adaptación social y evitar la reincidencia del menor.

### **3.- El Consejo de Menores del Distrito Federal**

El Consejo de Menores es un Organismo Administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, autónomo técnicamente, y que tiene a su cargo la aplicación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.<sup>266</sup>

El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales. Los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia. Las cuales se consideran, en este aspecto, como auxiliares del Consejo. Esta competencia dependerá de la edad con que cuente el menor al momento de cometer la infracción a las leyes penales que se le impute, en consecuencia podrá conocer de las infracciones y ordenar la medidas de orientación.

---

<sup>266</sup> Cfr. Artículo 4 de la L. T.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

protección y tratamiento que correspondan, aún cuando aquéllos alcancen la mayoría de edad.<sup>267</sup>

Dentro de las principales atribuciones del Consejo de Menores,<sup>268</sup> con base en su autonomía para la aplicación de la Ley de Menores Infractores, tenemos:

a) Instruir el procedimiento, resolver sobre la situación jurídica de los menores, ordenar y evaluar las medidas de orientación y protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social; y

b) Vigilar el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento y el respeto a los derechos de los menores sujetos a la Ley de la materia.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Consejo deberá ser integrado por:<sup>269</sup>

- Un Presidente del Consejo;
- Una Sala Superior;
- Un Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior;
- Los Consejeros Unitarios que determine el presupuesto;
- Un Comité Técnico Interdisciplinario;
- Los Secretarios de Acuerdos de los Consejeros Unitarios;
- Actuarios;
- Tres Consejeros Supernumerarios, como máximo;
- La Unidad de Defensa del Menor;
- Las Unidades Técnicas y Administrativas que se determine; y
- El personal administrativo presupuestado.

---

<sup>267</sup> Cfr. Artículo 4 de la L.T.M.I.

<sup>268</sup> Cfr. Artículo 5 de la L.T.M.I.

<sup>269</sup> Cfr. Artículo 6 de la L.T.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

El Presidente del Consejo, los Consejeros, los miembros del Comité Técnico Interdisciplinario, los Secretarios de Acuerdos y los Defensores de Menores, deberán reunir los siguientes requisitos: ser mexicanos por nacimiento, no haber sido condenados por delito intencional, poseer el título que corresponda debidamente registrado ante la Dirección General de Profesiones y tener conocimientos especializados en materia de menores infractores.<sup>270</sup>

Asimismo, el Presidente del Consejo, los Consejeros, el Secretario General de Acuerdos y los titulares del Comité Técnico Interdisciplinario y de la Unidad de Defensa de Menores, deberán tener, además, una edad mínima de 25 años y tener por lo menos tres años de ejercicio profesional, contados desde la fecha de autorización legal para el ejercicio de la profesión. Cesarán en sus funciones al cumplir los setenta años de edad.<sup>271</sup>

El Presidente del Consejo deberá ser licenciado en derecho, y ser nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del Secretario de Gobernación, por un periodo de seis años, pudiendo cubrir periodos subsecuentes.<sup>272</sup>

Las principales atribuciones del Presidente del Consejo serán: representar al Consejo y presidir la Sala Superior; ordenar y vigilar la adecuada marcha del Consejo; expedir los manuales de organización interna de las unidades administrativas del Consejo, y designar a los consejeros que habrán de realizar las funciones de visitadores; vigilar la estricta observancia de la Ley de Menores y demás ordenamiento legales aplicables; entre otras.

La Sala Superior. Estará integrada por tres Licenciados en derecho, uno de los cuales será el presidente del Consejo, el cual la presidirá. Los otros dos Consejeros serán nombrados en la misma forma que el Presidente. Así como contará con el personal técnico y administrativo presupuestado.<sup>273</sup>

<sup>270</sup> Cfr. Artículo 9 de la L.F.T.M.I.

<sup>271</sup> Cfr. Fracción V del Artículo 4 de la L.F.T.M.I.

<sup>272</sup> Cfr. Artículo 10 de la L.F.T.M.I.

<sup>273</sup> Cfr. Artículo 12 relacionado con el 10 de la L.F.T.M.I.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Esta Sala Superior sesionará de manera ordinaria dos veces por semana y el número de veces que sea necesario en forma extraordinaria. Para llevar a cabo una sesión se requiere la concurrencia de las dos terceras partes de sus integrantes y los dictámenes y resoluciones se emitirán por unanimidad o mayoría de votos, en caso de empate, el Presidente de la Sala tendrá voto de calidad. Los Consejeros que disientan de la mayoría, deberán emitir por escrito su voto particular razonado.<sup>274</sup>

Como atribuciones primordiales de la Sala Superior, encontramos las de: fijar y aplicar las tesis y los precedentes del Consejo; conocer y resolver los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones inicial y definitiva dictadas por los Consejeros Unitarios; conocer y resolver las excitativas para que los Consejeros Unitarios emitan las resoluciones que correspondan; calificar los impedimentos, excusas y recusaciones respecto de los Consejeros de la propia Sala Superior y de los Consejeros Unitarios y, en su caso, designar al Consejero sustituto; dictar las medidas necesarias para el despacho pronto y expedito de los asuntos de su competencia; así como las demás que determine la Ley de menores Infractores y los demás ordenamientos aplicables.<sup>275</sup>

Los Consejeros integrantes de la Sala Superior deberán fungir como ponentes y presentar por escrito el proyecto de resolución de los asuntos que les correspondan; dictar los acuerdos y resoluciones pertinentes dentro del procedimiento en los asuntos que sean de su competencia; aplicar las tesis y precedentes emitidos por la Sala Superior y fungir como visitantes.<sup>276</sup>

Los Consejeros Unitarios, pertenecientes al Consejo de Menores, deberán ser Licenciados en Derecho y tendrán las siguientes atribuciones: resolver, en tiempo, la situación jurídica del menor mediante una resolución inicial; instruir el procedimiento y emitir la resolución definitiva señalando las medidas que deban aplicarse de conformidad

<sup>274</sup> Cfr. Artículos 17, 18 y 19 de la L.F.M.I.

<sup>275</sup> Cfr. Artículo 13 de la L.F.M.I.

<sup>276</sup> Cfr. Artículo 15 de la L.F.M.I.

con el dictamen del Comité Técnico; conceder a los menores la libertad provisional bajo caución cuando ésta proceda; ordenar la práctica de los estudios biopsicosociales del diagnóstico, y conciliar a las partes sobre el pago de la reparación del daño.<sup>277</sup> En otras palabras, son quienes tramitan la parte formal del procedimiento del menor, y ordena la actuación e intervención de sus auxiliares, con excepción del Recurso de Apelación, es el Juez que dice el derecho en el procedimiento de menores infractores.

Así como también, deberán recibir y turnar a la Sala Superior los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones por ellos emitidas, así como los asuntos relacionados con impedimentos, excusas y recusaciones. Estos consejeros estarán de turno en forma sucesiva y cada turno comprenderá las veinticuatro horas del día, incluyendo los días inhábiles, de tal forma que siempre haya un consejero en turno.

Estos Consejeros, denominados numerarios serán suplidos en su ausencia por los Consejeros supernumerarios.<sup>278</sup>

Es importante resaltar que son órganos unipersonales en primera instancia los encargados de conocer de las infracciones cometidas por los menores y órganos colegiados los que conocerán, en grado superior, de los recursos que se interpongan durante el procedimiento.

El Comité Técnico Interdisciplinario, estará integrado por un médico, un pedagogo, un licenciado en trabajo social, un psicólogo, un criminólogo, preferentemente Licenciado en Derecho, así como del personal técnico y administrativo que requiera.<sup>279</sup> y tendrá la función de emitir el dictamen técnico respecto de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento conducentes para la adaptación del menor; conocer el desarrollo y resultado de dichas medidas, y emitir el dictamen técnico correspondiente para los efectos

<sup>277</sup> Cfr. Artículo 20 de la L.T.M.I.

<sup>278</sup> Cfr. Fracción II del Artículo 29 de la L.T.M.I.

<sup>279</sup> Cfr. Artículo 21 de la L.T.M.I.

de la evaluación.<sup>280</sup> Sesionará de manera ordinaria dos veces por semana y el número de veces que sea necesario en forma extraordinaria. Emitirá sus resoluciones por unanimidad o por mayoría de votos.<sup>281</sup>

"El Comité Técnico se constituye como órgano auxiliar del juzgador, con el fin de proporcionarle los datos técnicos necesarios para que pueda adoptar las medidas más convenientes en cada caso. El Comité cumplirá, exclusivamente, funciones de asesoría."<sup>282</sup>

Se cuenta también, con las Unidades Técnicas y Administrativas, mismas que tendrán a cargo dentro de sus funciones, los Servicios Periciales; la programación, evaluación y control programático, la administración y los estudios especiales en materia de menores infractores.<sup>283</sup>

Ahora corresponde el turno de análisis la Unidad de Defensa de Menores, la cual se encuentra prevista en el capítulo III de la Ley para el Tratamiento de Menores, como parte integrante del Consejo aunque técnicamente autónoma, que tiene por objeto la defensa de los derechos e intereses legítimos de los menores, en el ámbito de la prevención general y especial, ante el Consejo o cualquier otra autoridad administrativa o judicial, ya sea en materia federal o común, tanto en las etapas procesales como durante la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento interno o externo.<sup>284</sup>

Este organismo estará a cargo de un titular, designado por el Presidente del Consejo de Menores,<sup>285</sup> y contará con el número de defensores, personal técnico y administrativo

---

<sup>280</sup> Cfr. Artículo 22 de la L. F.M.I.

<sup>281</sup> Cfr. Artículos 17 y 19 de la L. F.M.I.

<sup>282</sup> Sánchez Obregon, Laura, *op. cit. supra*, nota 253, Págs. 88 y 89

<sup>283</sup> Cfr. Artículo 28 de la L. F.M.I.

<sup>284</sup> Cfr. Artículo 30 de la L. F.M.I.

<sup>285</sup> Cfr. Artículo 31 de la L. F.M.I.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

que el presupuesto permita. Sus funciones estarán señaladas en el Manual respectivo, las cuales se fijarán conforme a los siguientes lineamientos:<sup>286</sup>

- a) El objeto de defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos en el ámbito de la prevención general;
- b) El objeto de asistencia y defensa de los menores, en cada una de las etapas procesales; y
- c) El objeto de asistencia y defensa jurídica de los menores durante las etapas de aplicación de las medidas de orientación, de protección, de tratamiento interno y externo, en la fase de tratamiento y seguimiento.

El Título Segundo de la Ley, está destinado a la reglamentación de la Unidad Encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores. Esto es, una Unidad Administrativa dependiente de la Secretaría de Gobernación, con el objeto de llevar a cabo las funciones de prevención general y especial, así como las conducentes a alcanzar la adaptación social de los menores infractores.<sup>287</sup> Entendiéndose como prevención general, el conjunto de actividades dirigidas a evitar la realización de conductas constitutivas de infracciones a las leyes penales, y por prevención especial, el tratamiento individualizado proporcionado al menor que ha infringido tales disposiciones, evitando su reiteración.<sup>288</sup>

Entre las funciones delegadas a la Unidad Administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, destacan, las de prevención; las de procuración; las de diagnóstico, tratamiento, seguimiento y servicios auxiliares; y las de carácter administrativo.

---

<sup>286</sup> Cfr. Artículo 32 de la L. F. M. I.

<sup>287</sup> Cfr. Artículo 33 de la L. F. M. I.

<sup>288</sup> Cfr. Artículo 34 de la L. F. M. I.

#### Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Cabe hacer el señalamiento de la relevancia que tiene en especial la Unidad de Procuración, la cual se ejercerá por medio de los Comisionados, que en el proceso establecido por las Leyes Penales para los delincuentes lo desempeña el Agente del Ministerio Público, la cual tendrá por objeto proteger los derechos y los intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se les atribuyan a los menores, así como los intereses de la sociedad en general, conforme a las consideraciones legales correspondientes, dentro de las cuales primordialmente se encuentran la de investigación de las infracciones cometidas por los menores, la requisición al Ministerio Público y de sus auxiliares para que los menores sujetos a investigación sean remitidos de inmediato, la práctica de diligencias complementarias que sean conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones y las tendientes a comprobar la participación del menor en los hechos, declarar al menor en presencia de su defensor, la de recepción de testimonios, dar fe de hechos y de las circunstancias del caso, intervenir conforme a los intereses de la sociedad, las de solicitud a los Consejeros Unitarios de girar las ordenes de localización y presentación conducentes, la intervención ante los Consejeros Unitarios dentro del procedimiento de reparación del daño, la de aportación de pruebas pertinentes en representación de los intereses sociales, formular alegatos, interponer los recursos procedentes en representación de los intereses de la sociedad, promover la recusación de los integrantes de la Sala Superior, poner a los menores a disposición de los Consejeros, y velar por el principio de legalidad.

Dentro de las principales opiniones, positivas y negativas, tendientes a la crítica del Consejo de Menores Infractores, señalaremos las consideraciones vertidas por una de los más contemporáneos tratadistas de la materia, **Laura Sánchez Obregón**,<sup>289</sup> quien esencialmente refiere que la Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores al regular la función del Estado en su relación con los menores infractores de la Ley penal, establece un nuevo Sistema Integral de Administración de Justicia del Menor.

---

<sup>289</sup> Sánchez Obregón, Laura, *op. cit.*, supra, nota 253, Págs. 102 a 108.

Por lo que referente al Consejo de Menores, pilar de ese sistema, es un órgano prácticamente igual a un tribunal. Sin que deje de causar extrañeza la decisión del legislador de mantenerlo dentro de la esfera administrativa, y por ende fuera de la estructura judicial. Disposición que se establece en razón del principio de separación de poderes y en función de la naturaleza de los bienes jurídicos que se protegen, entre los cuales se encuentra uno de los de mayor jerarquía: la libertad.

Hace hincapié que, la imposición de penas, por ser la reacción más severa del Estado, debe estar rodeada por todas aquellas garantías y derechos que garanticen al gobernado una adecuada administración de justicia; dándose especial énfasis al principio de división de poderes o en estricto sentido, de funciones. Sin embargo el Consejo de Menores, no contempla la separación entre los órganos de decisión, acusación y defensa, ya que tanto las funciones de decisión como de acusación quedan en manos del Poder Ejecutivo.

En cuanto a estas consideraciones, debo señalar que en razón de que las medidas que se imponen a los menores, no obstante de su denominación, son penas, ya que consisten en la imposición de privación o restricción coactiva de bienes y derechos, su aplicación, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe de corresponder al Poder Judicial,<sup>290</sup> y no del Ejecutivo, mediante sus autoridades administrativas, como una garantía del menor.

Continuando con las consideraciones de **Sánchez Obregón**, se refiere que la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue firmada y ratificada por México, es de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución, norma suprema de toda la Unión, por lo que con tal carácter y en función del principio de supremacía de las leyes deberá prevalecer sobre las leyes de menor jerarquía.<sup>291</sup> En este contexto, el artículo 40, fracción b, inciso iii, de la Convención ordena que:

<sup>290</sup> Cfr. Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..."

<sup>291</sup> Sánchez Obregón, Laura, *op. cit.*, *supra*, nota 253, Pág. 103

"Los Estados Partes reconocen...

- b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
- iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente..."

Así también se refiere que, el sistema de tribunales administrativos esta conformado con una jerarquía de tribunales completamente distinta a la que forma el Poder Judicial, encargados de resolver las controversias o reclamaciones entre la administración y los particulares. Hasta ahora, la imposición de "medidas de seguridad" a los menores se consideraba un acto administrativo. Por lo que, con fundamento en la ya superada doctrina *parens patriae*, conforme a la cual el Estado actúa en sustitución de los padres para la corrección de los menores imponiendo medidas educativo-correccionales. Por lo que resulta anacrónico sostener que las medidas que se imponen a los menores no son sanciones; así como afirmar que el Estado está facultado para imponer estas medidas administrativamente.

Ahora bien, por cuanto corresponde a la conveniencia de que los órganos de menores lo sean administrativos se fundamenta en una concepción errónea sobre las diferencias, entre los tribunales judiciales y administrativos, tal afirmación la respalda **Sánchez Obregón**, con las siguientes consideraciones:<sup>292</sup>

- a) Que el caracter administrativo de un organismo no garantiza a los menores un trato más noble y menos rígido que el impartido por órganos judiciales
- b) El formalismo de los tribunales judiciales no es una característica que les sea innata, sino consecuencia directa de las normas que lo regulan.
- c) La lentitud de los tribunales judiciales no les es exclusiva sino común a todo órgano decisorio, con independencia de su naturaleza judicial o administrativa.

<sup>292</sup> *Ibid.*, págs. 104

Continuando con el análisis del Consejo de Menores, Sánchez Obregón,<sup>293</sup> señala que los órganos de decisión que lo conforman, de acuerdo a su propia estructura jurisdiccional presenta como principales rasgos distintivos los siguientes:

a) Jueces Unipersonales en Primera Instancia. Representados por los Consejeros Unitarios, que deben de ser Licenciados en Derecho obligatoriamente debido a su función estrictamente jurídica, quienes habrán de resolver, en primera instancia, la situación jurídica de los menores acusados de cometer una infracción.

Lo anterior se da con el propósito de garantizar al menor sus derechos, pretendiendo el legislador con esta medida, que la determinación de la existencia o inexistencia de la infracción, así como de la participación o no participación de los menores en su comisión, sea realizada con absoluto apego a los ordenamientos legales, en su letra e interpretación, conforme a las reglas de la lógica jurídica y de los principios generales del derecho.

b) Organos Colegiado en Segunda Instancia. Representados por la Sala Superior, integrada por tres Consejeros, también licenciados en derecho, que tendrá como función resolver el Recurso de Apelación interpuesto en contra los acuerdos emitidos por los Consejeros Unitarios.

Por cuanto hace al Comité Técnico Interdisciplinario, es preciso señalar que éste tiene la función de asesoría para el Consejero dentro de sus función de decir el derecho; mediante la creación de este organismo se observa el principio de participación interdisciplinaria en la atención a menores, separando las funciones entre quienes deciden sobre la situación jurídica del menor y quienes recomiendan las medidas que le son aplicables.

Ahora bien, tocante al señalamiento correspondiente, a la Unidad de Defensa de Menores, es preciso hacer notar que dicha institución tiene por objeto la defensa de los

---

<sup>293</sup> *Ibid.*, págs. 104 y 105

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

derechos e intereses legítimos de los menores ante el Consejo o cualquier otra autoridad administrativa o judicial, tanto en las etapas procesales como durante la etapa de aplicación de medidas. Reconociéndose la necesidad de proteger y garantizar los derechos de los menores sujetos a proceso y, por vez primera, se establece un organismo expresamente destinado a este fin, en forma oficial y gratuita. No obstante, la ubicación de la Unidad de Defensa dentro de la estructura del Consejo de Menores, dependiente éste de la Secretaría de Gobernación, también encargada de las funciones de procuración, refiere **Sánchez Obregón**,<sup>294</sup> que introduce duda sobre su independencia, de igual forma sucede con el titular de la Unidad de Defensa quien es designado por el Presidente del Consejo.

Respecto a la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y el Tratamiento de los Menores, la citada tratadista señala que, causa extrañeza el que la Ley en estudio reglamente organismos y funciones que le son ajenos, dada la pertenencia orgánica y la naturaleza de las funciones de dicha Unidad Administrativa, dependiente de la Secretaría de Gobernación, por tanto, le correspondería estar reglamentada dentro de las normas internas de la Secretaría a la cual depende.<sup>295</sup> Con independencia de que, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, consigne sus funciones, que se ubican dentro de un marco general muy amplio que contempla actividades de prevención, procuración, diagnóstico, tratamiento, seguimiento, servicios auxiliares y de carácter administrativo.

Y por último, corresponde hacer el correspondiente comentario en relación a la figura del Comisario, figura que era indispensable para cubrir el vacío legal que en materia de procuración existía. La ausencia de un órgano facultado para excitar, en representación de la sociedad, al órgano encargado de pronunciarse sobre la ilicitud de los hechos y sobre la responsabilidad de los menores a quienes se les haya iniciado el proceso, justificaba la ausencia correlativa de un órgano de defensa.<sup>296</sup> Así como, la carencia del Comisionado, coadyuvaba a que las resoluciones del Consejo Tutelar se tomarán únicamente con base en

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, pág. 106

<sup>295</sup> *Ibid.*, págs. 107 y 108

<sup>296</sup> *Ibid.*, págs. 108

la personalidad del autor y no en el hecho cometido, que sólo mediaba como indicador de la peligrosidad del sujeto.

Por virtud de lo anterior, se pretende el obtener, con la figura de los Comisionados, la estructuración de un proceso de menores "equilibrado" basado en el hecho cometido y no en la personalidad de autor, ya que participa éste en la investigación de las infracciones y la substanciación e instrucción del proceso, al tiempo que actúa un defensor con el objeto de llegar a la verdad histórica de los hechos.

De esta forma es como damos por concluido el presente Capítulo, teniendo en consideración la fundamentación y objeto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de su Ley Reglamentaria, que en el caso concreto lo es la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la cual hemos hecho un análisis, tanto del procedimiento de enjuiciamiento de menores infractores, como de las instituciones que participan en él.

## CAPITULO IV

### INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 4º Y 7º DE LA INICIATIVA DE LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Al iniciar el estudio del presente Capítulo, quiero hacer mención, que en relación con los momentos críticos por los que atraviesa nuestro país, y en general todas las naciones, en donde el creciente desarrollo de la criminalidad ha dejado en evidencia la ineficaz política de seguridad, por lo que a toda costa se intenta combatir, por parte de los gobiernos, dicho fenómeno, sin importar la imposición de una política represiva sobre la preventiva dentro del marco jurídico penal, so pretexto de conservar el Estado de Derecho que se pretende impere en una Nación Democrática, ante tan difícil tarea, se involucran a los sistemas de seguridad pública, a las autoridades administrativas, pero primordialmente al poder judicial, y por ende, al sistema penitenciario, con el fin de utilizar todos los instrumentos legales que puedan servir como antidotos de la creciente inseguridad derivada de conductas ilícitas, perpetradas primordialmente por asociaciones delictivas, como sí la Ley fuera la solución de todos los problemas agravantes del Estado.

No obstante de ser un tema altamente discutido en la actualidad, debido a la creciente ola de criminalidad grupal, que ha invadido con gran empeño y perseverancia nuestro ámbito territorial, a nivel nacional e internacional, y la preocupación que tal fenómeno despierta en los gobernantes, con el fin de contrarrestarla por el bien y la seguridad de sus gobernados y de su Estado, por su especial forma particular violenta en que se presenta la comisión de los delitos vinculados a dichas organizaciones criminales, el

material existente al respecto, que sirva para su análisis, es muy escaso, sin embargo tal situación no representa un obstáculo para lograr el objetivo pretendido con el presente trabajo, que se basa en el estudio crítico de un aspecto de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que atenta de manera drástica e indudable contra los principios garantistas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el tratamiento de menores infractores mediante instituciones especiales, representado específicamente en la disminución de la minoría de edad penal como caso de excepción de la aplicación de ésta ley de carácter "especial", para aquellos sujetos de entre 16 y 18 años de edad, que se adecuen a la forma operante de la delincuencia organizada, fenómeno éste último de surgimiento no muy actual, pero de expansión y crecimiento sí, ya que contamos con antecedentes históricos que marcan ya una forma de organización criminal, jerarquizada, objetiva, profesionalizada y con fines eminentemente lucrativos, como lo son las mafias italianas, los ganster norteamericanos, entre otros. Ante lo expresado, dentro del material recopilado y que se expone a continuación, son de suma relevancia las múltiples opiniones que grandes juristas y estudiosos del tema han vertido en los mas recientes e importantes foros del país.

Así encontramos, al más importante de los asesores y creadores de la Iniciativa de Ley a estudio, el **Dr. Moisés Moreno Hernández**,<sup>297</sup> Subprocurador de Control de Procesos de la Procuraduría General de la República, quien con tal carácter y responsabilidad le es exigible que fundamente y motive la propuesta planteada al Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo, ya que como es sabido por la gran mayoría de la gente involucrada en el tema, dicha iniciativa de Ley fue integrada primordialmente por la Procuraduría General de la República.

Ante tal solicitud, el citado funcionario refirió como argumento de propuesta, algunos puntos que a continuación señalaremos. Con anterioridad a los tiempos presentes prevaleció en nuestro país, un determinado tipo de delincuencia, frente a la cual los

<sup>297</sup> "Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes" Celebrado el 24 de Abril de 1996, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho, A.C.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

instrumentos, mecanismos, y medidas político criminales adoptadas por el Estado, han resultado, posiblemente diría yo, suficientes para enfrentarla; pero últimamente se ha dado el surgimiento de una delincuencia, no tradicional, común o convencional, como la antes referida, sino una caracterizada por su mayor violencia y organización, con niveles de carácter internacional. Delincuencia que no solamente afecta la vida y la salud de seres humanos, sino también la propia esencia del Estado y su capacidad para proteger de manera adecuada los derechos fundamentales de los individuos; que cuenta con métodos y técnicas modernas, con tecnología de punta y con capacidad de operación que rebasa la capacidad de reacción de las instituciones de gobierno.

Ante esta situación, México suscribió una convención, la denominada Convención de Viena de 1988, en virtud de la cual se comprometió a adoptar medidas político-criminales para enfrentar, de manera más eficaz, fundamentalmente el problema del narcotráfico y, más adelante, la delincuencia organizada; por lo que, una vez suscrita y ratificada dicha convención, México tiene el compromiso de introducir, tanto en sus sistema jurídico como en su sistema de justicia penal, una serie de medidas para enfrentar este fenómeno de carácter internacional.

Para dar cumplimiento al compromiso adquirido y exigencias de la Convención de Viena, en el año de 1991, la Procuraduría General de la República, inició la elaboración de un anteproyecto de Ley Federal contra el Narcotráfico, el cual fue dado a conocer a principios de 1992 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., en donde fue analizado, criticado y rechazado, ya que contenía ciertas medidas político criminales que chocaban definitivamente con los criterios y principios fundamentales que han caracterizado nuestro sistema de justicia penal, *verbi gratia*, rechazaba expresamente la vigencia del principio de inocencia, el cual recientemente ha sido introducido de manera expresa en nuestra legislación, en consecuencia se rechazaba también, el principio de culpabilidad y de alguna forma el principio de legalidad, característicos de un sistema penal y de un estado de derecho.

Inconstitucionalidad de los Arts. 45 y 77 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ante tal rechazo, el proyecto en cita fue nuevamente elaborado, concluyéndose una nueva versión a finales de 1992, en la que se excluyeron de sus contenidos los preceptos que chocaban con los principios constitucionales, y se introdujo un catálogo de garantías penales y procesales, mismo que se tenía la pretensión de darse a conocer y plantearse al Congreso Legislador Federal en el año de 1993, pero en virtud de que a inicios del mismo se dio el cambio de Procuradores, éste intento de Ley fue truncado drásticamente.

Ahora bien, en lo particular el Senador **Eduardo Andrade Sánchez**, respecto al tema señala que, la delincuencia o criminalidad organizada, como tema de recién ingreso a la agenda nacional, se ha colocado en el centro de atención de múltiples sectores sociales agobiados por el aumento de la inseguridad pública -yo diría por toda la sociedad. Situación que, durante la campaña electoral de 1994 constituyó un aspecto de atención de los distintos candidatos a la Presidencia de la República, ya que dentro del problema general de deficiencias sentidas por la población en materia de justicia y seguridad pública, se fue haciendo patente la necesidad de afrontar la realidad de la delincuencia no como un fenómeno aislado u ocasional, sino como una organización, caracterizada por la peligrosidad con la que actúa, y el incremento de sus posibilidades de impunidad.<sup>298</sup>

La respuesta por parte del Estado Mexicano ante la denominada criminalidad organizada, el pasado dieciocho de Marzo, el Poder Ejecutivo Federal, sometió a consideración del Congreso de la Unión, para su discusión, aprobación y expedición, la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ésto derivado de los compromisos y presiones de "política internacional", pero en especial "contra el combate al narcotráfico", dentro de las cuales cabe destacar que el gobierno anglosajón solicitó de México, la creación de instrumentos legales que demostraran su fehaciente interés de combatir en especial dicho ilícito, bajo amenaza de no ser incluido en la lista de las naciones que sí lo hacen. Iniciativa apoyada por un grupo, en una primer etapa, reducido de Diputados y Senadores del Poder Legislativo Federal, y en la que se virtieron las consideraciones al efecto de la Procuraduría General de la República.

<sup>298</sup> Andrade Sánchez, Eduardo, op. cit., Supra, nota 143, pág. 7

Mas sin embargo, el Ejecutivo Federal Mexicano, disfraza tal situación, señalando que tal objeto es en razón de una respuesta a compromisos gubernamentales con la ciudadanía, que es compromiso del Estado el fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada, ya que se ha transformado en los últimos tiempos observando diversas tendencias, mejor organización y mayor violencia en su comisión, así como su indiscutible transnacionalización; pues en efecto, ya que con frecuencia, basándonos en la realidad, el fenómeno delictivo, podemos percatarnos que, supera a las formas institucionales de reacción, obligando a éstas a superarse o quedarse rezagadas. Es cierto que el Estado acepta la ineficacia y el atraso de sus órganos encargados del combate a la delincuencia. Es por ello, que los métodos y las técnicas utilizados por las formas modernas de delincuencia motivan la necesidad de generación de métodos y técnicas modernos para combatirla eficazmente.<sup>299</sup>

En segundo lugar, se refiere que, el Ejecutivo Federal al definir su política de gobierno, en el mensaje a la nación del primero de diciembre de 1994, externó la intolerable impunidad en favor del narcotráfico, amenaza mayor de la seguridad nacional, así como grave riesgo para la salud social y la más cruenta fuente de violencia. Razonamientos que fueron reiterados en la conmemoración del Día Internacional Contra el Uso Abusivo y el Tráfico Ilícito de Drogas, en el mes de junio pasado, en donde se afirmó que el narcotráfico es la más grave amenaza para la integridad física, mental y moral de los jóvenes, para la salud de la sociedad, para la tranquilidad y el orden público, para el Estado de Derecho, y para la seguridad nacional, debido a la gravedad de peligros que representa, por lo cual debe ser combatido por todos los medios, en todo lugar, en todo tiempo y sin titubeos. Pero sin importar el sacrificio de bienes jurídicamente tutelados de igual importancia para la sociedad, imponiendo una política persecutora represiva contra el fenómeno de delincuencia organizada.

<sup>299</sup> En lo subsiguiente nos referiremos a la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de fecha dieciocho de marzo de 1996.

Se respalda también, la justificante al compromiso gubernamental, sustentado en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, presentado por el Presidente de la República **Ernesto Zedillo Ponce de León**, el treinta y uno de mayo de 1995, en donde se dedica un apartado específico a la lucha contra el crimen organizado, en el que se contempla la necesidad de establecer programas "que permitan una mayor especialización de cuerpos policiales encargados de esta tarea, a efecto de preparar a sus miembros con los conocimientos, equipo y capacidad para luchar contra las organizaciones criminales que destinan una cantidad muy elevada de sus recursos para armar y preparar a sus integrantes".<sup>100</sup>

Al respecto, se señala en la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley en mención que, se establece el combate a las causas y sus efectos, acabar con la impunidad que genera y castigar a sus autores, son tareas urgentes que deben emprenderse sin dilación ni titubeos, debiéndose, para tal efecto, intensificar los esfuerzos de cooperación internacional, fortaleciendo los convenios y acuerdos destinados a la identificación y seguimiento de los delincuentes, de sus operaciones y de las acciones de lavado de dinero e inversión de fondos obtenidos de sus actividades ilícitas; así como revisar la legislación penal sustantiva, a fin de sancionar de manera directa, efectiva y con mayor severidad, a quienes se organicen para delinquir, o colaboren con éstos para la realización de ilícitos; siendo necesario revisar las distintas modalidades de actuación del crimen organizado, así como el catálogo de las penas que deban corresponder a quienes las realicen.

Así también se señala en la citada Exposición de Motivos que, como resultado de la búsqueda de opiniones y alternativas más eficaces, en agosto de 1995 se promovió una Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico, de la que se extrajo la necesidad de luchar contra dicho fenómeno de manera más eficaz, desde una óptica multidisciplinaria y con la colaboración de todos los Estados, realizando las reformas legales conducentes, que regulen en forma clara el combate al crimen organizado. Es así es como se justifica la

---

<sup>100</sup> Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1995, pág. 29

demanda de la sociedad y su participación, en la creación de los elementos integrantes de la Iniciativa de Ley en estudio.

Aunado a lo anterior, encontramos lo expresado por el Presidente de la República, en su Primer Informe de Gobierno, quien dijo que "Un obstáculo especialmente grave para lograr una eficaz persecución de los delitos estriba en que los delincuentes han avanzado en su capacidad organizativa y en el uso de recursos ilícitos. En cambio, los cerca de mil cuerpos policiales que actúan en todo el territorio nacional, lo hacen sin una coordinación efectiva, con procedimientos y medios técnicos muy heterogéneos, con entrenamiento y capacitación desiguales, con prioridades y programas frecuentemente desarticulados."

"En este sentido, con la reforma constitucional hemos dado un primer paso al establecer fundamentos jurídicos claros para aplicar en todo el país una política integral de seguridad pública y procuración de justicia; una política para emprender un combate sistemático, articulado y a fondo contra la delincuencia y el crimen organizado."<sup>301</sup> Esta es la justificante gubernamental para la creación de una Ley Federal con carácter especial.

Efectivamente, señala Andrade Sánchez,<sup>302</sup> las bases para una adecuada coordinación de las autoridades se han sentado, no solamente en la Constitución, sino mediante una legislación que organiza los procedimientos para articular eficientemente la acción de distintas entidades que participan en los procedimientos de prevención y represión del delito. De esta forma se da entrada a la justificación del planteamiento para crear la norma de carácter especial federal que combata el crimen organizado.

Atendiendo las anteriores consideraciones, se redactó de la siguiente forma el Artículo 1º, ubicado en el Título Primero, Capítulo Único, denominado Naturaleza, Objeto y Aplicación de la Ley, de la Iniciativa de ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

<sup>301</sup> Acord. Andrade Sánchez, Eduardo, op. cit. supra, nota 143, pág. 8

<sup>302</sup> Idem.

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público, y tiene por objeto establecer las reglas para la persecución, procesamiento y sanción de quienes forman parte de la delincuencia organizada, así como para la desarticulación y erradicación de dichas organizaciones delictivas, con la finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación.”

Pero ¿Qué significa en concreto la organización de un grupo delictivo? ¿Cómo debe de considerarse ésta organización como característica delictiva?

Bien, ante lo antes referido, queda claro que nos estamos refiriendo a una nueva forma de perpetración de determinados delitos en forma organizada, distinguiéndose en tal sentido entre el delincuente ocasional o circunstancial, que comete un delito por razones que no corresponden a una conducta sistemática, y delinquentes que operan de manera permanente en la comisión de un delito. Esta permanencia de la acción delictiva, puede tener además la participación de varias personas, reunidas y estructuradas en una asociación ilícita. Pero ésta agrupación no se establece de manera circunstancial u ocasional, - como lo sería el caso de asociación delictuosa o de la calificativa de pandilla en la comisión de ilícitos,<sup>303</sup> ya que ninguno de ellos reúne las características conformantes de la delincuencia organizada-, que tiene como propósito la permanencia, con el fin de efectuar un conjunto de acciones ilícitas encaminadas a un fin determinado.<sup>304</sup> Es la *permanencia* de la organización un elemento definitorio de la delincuencia organizada, el elemento esencial de integración, actuación y realización.

Para finalizar el preámbulo al presente Capítulo, encontramos que el Senador **Andrade Sánchez**,<sup>305</sup> refiere que a fin de darle una respuesta jurídica a la delincuencia organizada, debemos entender que las organizaciones criminales constituyen un fenómeno de carácter distinto al delito concebido en su generalidad a lo largo de muchos años y que

<sup>303</sup> Cfr. Artículos 164 y 164 bis del C. P.

<sup>304</sup> Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 143, pág. 14 a 18

<sup>305</sup> *Ibid.*, pág. 27

requiere, como problema nuevo y complejo, primero un reconocimiento y luego un enfrentamiento consciente elaborado por parte de la autoridad y el diseño de respuestas jurídicas que sean adecuadas a los retos planteados. Ello implica el reconocimiento no sólo del problema objetivo de la criminalidad organizada, sino de la insuficiencia de los instrumentos legales que se emplean para combatir el delito, y por supuesto, la búsqueda de los antidotos jurídicamente diseñados para enfrentar a la delincuencia organizada y cerrar los huecos en los que pueda obtener alguna ventaja. En virtud de que a un fenómeno del nivel, la capacidad, la potencialidad y el manejo de recursos que tiene la organización delictiva, sólo se puede responder con una organización estatal que esté en condiciones de enfrentarla; ya que no se puede hacer frente a la delincuencia organizada con autoridades desorganizadas, de otra manera se estará en desventaja y de ahí que sea necesaria también una respuesta integral, orgánica, de la autoridad para luchar con este tipo de delincuencia. Ante ello, la respuesta antidoto propuesta lo es la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

#### **I.- Concepto de Delincuencia Organizada.**

Una vez asentado lo anterior, procedamos a plasmar la conceptualización y bases en que fundamenta la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la conceptualización de dicha organización delictiva. Se fundamenta primeramente a la doctrina, al referir que ésta ha conceptualizado el crimen organizado como una sociedad que busca operar fuera de control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delinquentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con rigidez; caracterizada por acciones no impulsivas, sino de resultado de previsión a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y de poder.

Cabe hacer mención que el referirse a delincuencia organizada, o crimen como se denomina en el ámbito internacional, no es únicamente centrarse al narcotráfico, sino la actual forma de organización ilícita, incluye una gama muy variada de diversos delitos que cumplen con los requisitos finales de sus dirigentes. En conclusión la delincuencia organizada es el género, sus resultados, ilícitos con denominación típica en las leyes penales, son la especie de su aparición.

El Consejo contra el Crimen Organizado, creado en los Estados Unidos en el mes de diciembre de 1989, define al crimen organizado, como "las asociaciones de individuos o de grupos que tienen una disciplina, una estructura y carácter permanentes, que se perpetúan por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios monetarios o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas."<sup>106</sup>

Y en México, el primer antecedente, considerado como definición de delincuencia organizada, aparece en la reforma de 1993 al Código Federal de Procedimientos Penales, en la que en su artículo 194 bis, se plasmó al respecto que: "En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de *delincuencia organizada*, que serán aquellos en los que *tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplinas y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos* alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos ...". Este precepto nos sirve únicamente como antecedente, pues una vez que sea aprobada y entre en vigor la aplicación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se pretende que sea derogado, atendiendo al principio de especialización judicial.

Ante todo lo anteriormente expuesto, y tomando en consideración aspectos doctrinarios, tanto nacionales como internacionales, en el Artículo 2° de la Iniciativa de la

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, pag. 57

**Inconstitucionalidad de los Art. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, han quedado establecidos los aspectos de su conceptualización, mismo que ha sido redactado de la siguiente forma:

"Artículo 2.- Para los Efectos de esta ley, ~~existe delincuencia organizada~~ cuando tres o más personas se organizan de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, para cometer, con el empleo de la violencia física o moral, o aprovechando estructuras comerciales o de negocios, alguno de los delitos siguientes: ..."

Artículo que una vez discutido por la Cámara Revisora del proceso de expedición de Leyes, que en caso concreto fue la de Senadores, mediante la Minuta de Proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, suscrita el quince de octubre del actual, por el Salón de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, se modificó el anterior precepto para quedar como sigue:

"Artículo 2.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, será sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:..."

Y esta es la forma, en que al parecer, queda enmarcado jurídicamente, atendiendo a la interpretación legislativa, el concepto, en nuestro país, de los que debe entenderse como "Delincuencia Organizada". Pero estimo que tal consideración se encuentra incompleta, pues no cuenta con todos los caracteres, incluso referidos por el Ejecutivo, que integran este tipo de organizaciones, mismos que a saber, expondremos en el siguiente apartado.

## **2.- Características de la Delincuencia Organizada.**

Con el fin de comprender objetivamente la conceptualización de la multitudada "Delincuencia Organizada", previsto por la nueva Iniciativa de Ley en estudio, señalare primeramente algunos de los caracteres que son indispensables para su conformación. Como lo hemos señalado con anterioridad, una de las características esenciales de la Delincuencia Organizada es su *permanencia*, pero no es el único, además debemos de agregar una *estructuración de actividades* entre quienes participan en la comisión del fenómeno delictivo, *dividiéndose el trabajo, asignándose tareas* y la existencia de una *jerarquización*, en donde existe un jefe, mandos intermedios y menores, así como la gente que realiza los fines específicos.

**Andrade Sánchez**, refiere que generalmente la motivación más frecuentemente para la creación de este tipo de organizaciones es la obtención de beneficios económicos, en tal razón que, las agrupaciones de esta índole dirigen su acción a la comisión de delitos que permiten obtener un lucro, como lo puede ser, el robo, el fraude, la extorsión, el secuestro, etcétera. Los antecedentes más cercanos a dichas agrupaciones delictivas los encontramos en las mafias italianas del siglo pasado, en donde, la asociación de los encargados de resguardar las grandes fincas, propiedades rurales, encontrándose armados por sus patrones, los dueños de las tierras, operaban como una especie de guardias blancas; pero aprovechando su cercanía, su conocimiento entre ellos y la disposición de su armamento, empezaron a emplearse con la finalidad de obtener beneficios ilícitos amenazando a otras personas.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, pág. 18

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Otras antecedentes, que en la actualidad utilizan medios de mayor potencialidad, como lo es el terrorismo y las organizaciones mafiosas, que se presentan sobre todo en sociedades más avanzadas como lo es Europa Occidental y los Estados Unidos, en donde las acciones delictivas generan mayor inquietud social y ponen en peligro la estabilidad de los gobiernos.

Por otra parte podemos señalar, que una característica más de la delincuencia organizada moderna es su enorme expansión, que abarca un complejo de actividades en las que se confunden las lícitas y las ilícitas, de tal forma que el jefe de una organización mafiosa puede aparecer como un próspero comerciante y su actividad quedar en un marco de legalidad, no obstante de estar basada en la criminalidad. En este sentido, su potencialidad de impunidad se ve aumentada por otras características propias de estas organizaciones, como lo son, el trabajo en la clandestinidad y el alejamiento de los jefes de las tareas delictivas de mayor gravedad, agregando a lo anterior la utilización de la intimidación para no ser delatado ninguno de sus miembros, so pena de perder la vida.<sup>308</sup>

La propia Iniciativa de Ley, señala los caracteres de la delincuencia organizada, al referir que, esta forma de delincuencia debe entenderse como una *organización permanente, con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados, que se agrupan para cometer delitos*. Este tipo de delincuencia presenta mayor peligrosidad que la común, ya que permite el reclutamiento de individuos eficientes, con entrenamiento especializado, tecnología de punta, capacidad para el “lavado de dinero”, acceso a información privilegiada, continuidad en sus acciones y capacidad de operación que rebasa, en la actualidad, la capacidad de reacción de las instituciones gubernamentales.

Cabe hacer nota que, a nivel internacional, se consideran como atributos de la delincuencia organizada que: a) No tiene metas ideológicas, ya que sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas, con excepción del terrorismo; b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida por dos o tres rangos máximos y permanentes de

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, págs. 24 a 26

autoridad; c) Limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso; d) Permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los objetivos; f) Operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores, ya que cuentan con posiciones perfectamente perfiladas en relación a las cualidades de sus miembros y, en caso de ser necesario, subcontratan servicios externos; g) Siempre pretenden ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada "industria" (legítima o ilegítima); y h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir, entre otros.

Los anteriores son en esencia los caracteres fundamentales, que integran y hacen posible la existencia de los grupos potencialmente peligrosos por la potencialidad de su actuar, propósitos y fines que persiguen, la Delincuencia Organizada. Elementos que en su caso, deberían formar parte integrante de la conceptualización legal otorgada por el Legislador dentro de la Minuta de Proyecto de Ley correspondiente, con el fin de, sin lugar a duda, ser identificados plenamente dichos grupos criminales, que actúan bajo la forma de operación antes referida.

### **3.- Marco Social de la Delincuencia Organizada en México.**

Antes de entrar al análisis, del marco social de la delincuencia organizada, correspondiente a este apartado, en menester primeramente referimos, aunque ya lo hemos hecho con anterioridad, pero a efecto de que no de lugar a duda, el marco legal en el que se encuentre ubicada la delincuencia organizada en nuestro país, cabe señalar que en México, el concepto de delincuencia organizada ha sido de reciente introducción, específicamente en el año de 1993, cuando fue reformado el artículo 16 de nuestra Carta magna, en donde se

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

dispuso en su párrafo séptimo, que el plazo de retención de cuarenta y ocho horas, para los casos de flagrancia y caso urgente "...podría duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como *delincuencia organizada*".<sup>309</sup>

Asimismo, continuando con la introducción de dicho concepto en los cuerpos legales mexicanos, el 1° de febrero de 1994, entraron en vigor reformas a los Códigos Sustantivo y Adjetivo Penales, en Materia Federal, en los cuales se dio entrada también a la figura de la "Delincuencia Organizada". Es por ello que en el Código Penal, se estableció una penalidad para quien cometa el delito de narcotráfico de 20 a 40 años de prisión y de quinientos a diez mil días multa, además decomiso, "...a quien por sí, a través de tercero o a nombre de otros, dirija, administre o supervise a cualquier tipo de *asociación delictuosa* constituida con el propósito de practicar o que practique cualquiera de las actividades delictivas a que se refiere este Capítulo".<sup>310</sup> Así como también se prevé, una penalidad menor, hasta de una mitad, para quienes no tienen facultades de decisión, pero que de alguna manera colaboren en dichas organizaciones, o una penalidad accesoria, de destitución o inhabilitación, si el delito se cometiere por un servidor público de alguna corporación policial o por un miembro de las fuerzas armadas.

Por cuanto hace al Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 194 bis, también se refiere a la duplicación de plazo de retención de cuarenta y ocho horas, para el caso de delito flagrante o de caso urgente. Y es en éste artículo en donde quedó plasmada la primera definición de delincuencia organizada, como ya antes lo he señalado, al referir que los casos de "*delincuencia organizada*..." serán aquéllos "...en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantes lucrativos alguno de los delitos legalmente previstos en los siguientes artículos del Código Penal...". Pero también se señaló por el legislador que dicha definición de *delincuencia organizada* en las leyes secundarias, sólo sería para efectos de considerar plazos más amplios de retención por el Ministerio Público sobre

<sup>309</sup> Cfr. última parte del párrafo séptimo del Artículo 16 de la C. P. E. U. M.

<sup>310</sup> Cfr. Artículo 196 bis del C.P.

presuntos responsables y no para fines distintos; ni muchos menos para ser considerado como un delito por sí mismo, autónomo.

Ahora bien, una vez asentado lo anterior, procederemos a establecer el actual marco social mexicano en que se encuentra ubicada la Delincuencia Organizada, situaciones en las que además el Ejecutivo justifica la creación de una Ley Antidoto contra dicho fenómeno, como forma de impacto en la población del país, antecedentes y hechos que es preciso mencionar.

Se señala que primordialmente la aparición de los grupos criminales en México, tienen como fundamental objetivo las actividades dirigidas al narcotráfico, ajustándose a los patrones universales de la delincuencia organizada, mismas que se ven reflejadas mediante su representación en los cárteles de Tijuana, Juárez, del Pacífico y del Golfo, mismos que han sido atacados, logrando obtener buenos resultados como son destrucción de drogas y detención de sus integrantes, más sin embargo no han podido ser desarticuladas en su totalidad.

La Procuraduría General de la República, refiere estadísticamente, que éstos grupos criminales, obtuvieron en 1994 ingresos brutos por el monto aproximado de treinta mil millones de dólares, que reflejan las grandes ganancias y el enorme poderío económico que tienen estas organizaciones, que les permite igualmente contar con medios modernos y con mayor capacidad de operación. Es por ello que con frecuencia el país, ve rebasada y amenazada la salud y seguridad de su población, ante los embates de la criminalidad organizada, fenómeno de gran magnitud y complejidad, dirigida al tráfico y consumo de drogas ilícitas, poniendo en riesgo la seguridad nacional. Agregando a lo anterior se encuentra, el decomiso de grandes arsenales de armas, que según los informes de las treinta y nueve zonas militares, asciende a sesenta armas diarias, más el resultado que respecto a dicho renglón realiza la Policía Judicial Federal. Lo cual demuestra el alto grado de peligro en el que se ve involucrada la sociedad mexicana en general, al existir, con más frecuencia, el crecimiento y desarrollo de los grupos que con fines delictivos se encuentran

organizados, los cuales defienden sus intereses frente a los cuerpos de seguridad de la nación, estando mejor capacitados y dotados de armamento sumamente sofisticado de alta tecnología.

Otro de los aspectos preocupantes es el relativo a los secuestros, delito que, como estimación estadística, se presentó cerca de ochocientos veces entre el mes de julio de 1988 y abril de 1994; lo anterior, con independencia de los secuestros no dados a conocer a las autoridades competentes. Uno más, es el relativo al robo de vehículos, que se presenta primordial y constantemente en las grandes urbes del país, en donde se presentan bandas cada vez más organizadas para concretar su comisión, la cual en los últimos años ha alcanzado un enorme incremento e incluso su internacionalización, pues muchos de los vehículos nacionales son robados en una determinada Ciudad, y dependiendo su demanda es vendido en cualquier otro Estado del país, o en cualquier nación sudamericana, al cual es transportado ya sea vía terrestre o marítima.

Es por ello que es ineludible aceptar que el avance de la delincuencia organizada, se encuentra relacionado con la corrupción de los cuerpos de seguridad pública, quienes auxilian, protegen, facilitan e incluso intervienen como parte íntegra para la concreción de los fines delictivos de la organización.

Ante los efectos delincuenciales antes referidos, los medios de reacción contra la delincuencia organizada no han dado resultado en México, para ser específico la Iniciativa de Ley de la materia, acepta que no existe en México una política criminal integral para enfrentarla, una política que comprenda desde la prevención general hasta la readaptación social especial, pasando por la procuración y la impartición de justicia, y que se base en criterios uniformes; siempre se han adoptado políticas aisladas, desvinculadas unas de otras, sin conexión de rumbos y de criterios, por ello, aunque aisladamente han aparecido adecuadas, han resultado finalmente ineficaces.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Este fracaso también es atribuido en buena parte a la ineficiencia institucional en esta materia, debido a la existencia de un marco legal relativamente rígido, que impide a las instituciones actuar con flexibilidad y eficacia contra un adversario dinámico y cada vez más eficiente. Por lo que en tales circunstancias, es admisible que el combate contra la delincuencia organizada es disperso, toda vez que tanto la Federación como a cada uno de los Estados es competente para enfrentarla en el ámbito de sus atribuciones, sin que entre ellos exista una coordinación. Situación que últimamente ha sido materia de análisis y actuación por parte del Estado Mexicano, lo cual que se ve reflejado en los acuerdos de colaboración establecidos para tal efecto en la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del tres de septiembre de 1993, publicada el veinticinco de octubre de ese año.<sup>311</sup> Otra más de las acciones con el fin de actuar en pro de la eficaz actualización de las instituciones responsables de la seguridad pública nacional, comprendiéndose en tal ámbito a la Federación, Estados, Municipios y Distrito Federal, es la relativa a las reformas Constitucionales promulgadas el treinta de noviembre de 1994, y publicada el treinta y uno de diciembre del mismo año. Tal reforma da los nuevos aspectos a los párrafos quinto y sexto del artículo 21 Constitucional, abordando el tema de gran relevancia e importancia nacional en los últimos años, la seguridad nacional, apoderándose la necesidad de concertar las acciones de los diversos niveles o planos del Estado, en forma genérica, para la atención de este asunto, que resulta complejo y apremiante. En ella se establece, aunado al compromiso de la reforma con el concepto de seguridad pública, una referencia sobre los principios que deberían normar la actividad de las instituciones policiales: legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

Asimismo se propone erigir “un sistema nacional de seguridad pública”, que considera la necesaria coordinación entre las autoridades federales, estatales, municipales y del Distrito Federal; y se dispone que esa coordinación quede regulada por una ley. Se trata de una ley que regirá sobre órganos y actividades de todos los planos del Estado mexicano, debiendo ser un ordenamiento expedido por el Congreso de la Unión, conforme a la nueva adición de facultades del Poder Legislativo Federal, materia también de la presente

---

<sup>311</sup> Cfr. Artículo 119 de la C.P.E.U.M.

reforma,<sup>312</sup> para poder legislar en el ámbito de la seguridad pública, por una parte, y detalla, por la otra, una facultad que ya pertenecía al citado Congreso, esto es, expedir leyes "para la organización y funcionamiento, del ingreso, selección, promoción y reconocimiento de las integrantes de las instituciones de seguridad pública en el ámbito federal".<sup>313</sup>

Lo anterior, se ha pretendido cristalizar, según la Iniciativa de Ley, con la nueva Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema nacional de Seguridad Pública, en la que se prevén las bases de la coordinación entre la Federación, los Estados y los Municipios en materia de seguridad pública, la cual ha motivado la instalación del Consejo Nacional de Seguridad Pública el pasado siete de marzo de 1996.

Ante tales aspectos, es determinante la necesidad de emprender nuevas estrategias con el fin de abatir este mal que aqueja y lacera incansablemente a la sociedad, no solo mexicana sino a nivel internacional, el crimen organizado, ante ello, señala la Iniciativa de Ley en mención, debe insistirse en que esta clase de lucha requiere de flujos de información y líneas de decisión y acción muy ágiles, si se quiere ser eficiente. De ahí que resulte necesario, por una parte, asumir preferentemente esquemas de centralización de mandos y operaciones, federalización atrayente, tal y como se realiza con los casos más relevantes que ocupan la atención nacional, a decir, los importantes homicidios y secuestros; ésta práctica no es siempre aplicable medio, por ser cuestionada, más sin embargo ante este tipo de fenómenos resulta indispensable.

En tanto que la insistencia de la necesaria federalización de la lucha contra la delincuencia organizada, matizada dicha competencia, para aquellos casos en que delitos como el secuestro y el robo de vehículo se cometan por una organización delictiva y el Ministerio Público ejerza la facultad de atracción, a fin de que no se acuse a la medida

<sup>312</sup> Cfr. Fracción XIII del Artículo 73 de la C.P.E.U.M.

<sup>313</sup> Cfr. Rabasa, Emilio O., y Caballero, Gloria, "Mexicano, esta es tu Constitución". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente 1996, con el comentario a cada Artículo. Coedición de Miguel Ángel Poma, Grupo Editorial, y la Comisión de Regimen Interno y Concertación Política, Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, Comité de Asuntos Editoriales, de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados. Primera reimpresión de la Décima Edición, México, 1996, pág. 96.

como centralista; teniendo como resultado el respeto de la competencia estatal en esta materia, sobre todo cuando su afectación esta dentro de su ámbito material y territorial. Si se desea obtener buenos resultados en la lucha contra este fenómeno agravante de la sociedad, debe emplearse los medios legales apegados a la Constituciones y Tratados Internacionales aprobados por el Senado de la República, considerados como Ley Suprema de toda la Unión,<sup>114</sup> consideró positiva la federalización del implemento legal que se pretenda utilizar, con el fin de obtener mejor y mayores resultados en su combate, así como el estructuración, coordinación y profesionalización de los cuerpos de seguridad encargados de dicha tarea.

La delincuencia organizada, es un fenómeno que atenta peligrosamente contra los principios básicos de la sociedad, los rasga y los destroza, así como de la esencia estatal, provocando la descomposición social e inestabilidad política. Afecta a la salud física de las personas, mediante el introducción masiva de medios dirigidos al consumo de drogas ilícitas que patrocina el narcotráfico, el patrimonio económico particular y público, ya que su fin sin lugar a duda es de obtener un beneficio lucrativo permanente, afectando el patrimonio económico de las personas físicas y morales, éstas últimas privadas y estatales, la desincorporación de la sociedad de las personas que por aspectos, convertidos en necesidad imperante, económicos como el hambre, la miseria y falta de oportunidades de superación, son aprovechados por los grupos delincuenciales para ser subcontratados como elementos comisivos de sus conductas ilícitas, situación similar que sucede con las personas menores de edad, agregando a ello, situaciones de desintegración familiar, traumas intrafamiliares, que provocan desunión, aislamiento y deseo de experimentar nuevas situaciones sin importar el peligro que acarrear, ya sea porque no lo conocen, no lo prevén, y en caso contrario prefieren ignorarlo, con la finalidad de sentirse parte integrante de algo, sentirse necesitados, aunque en realidad están siendo utilizados, aspectos todos éstos, entre otros, que han sido ignorados por el estado mexicano.

<sup>114</sup> Cfr. Artículo 133 de la C.F.P.E.U.M.

Todo ello debilita al Estado de Derecho, a consideración del Poder Ejecutivo y Legislativo, y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los derechos fundamentales del ser humano, por lo que resulta incuestionable el que no se trate de igual forma a las personas que cometen delitos ocasionales por razón de orden pasional, circunstancial, de apremio económico, etcétera, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad, por tal situación resulta eficiente la lucha contra la delincuencia organizada como presupuesto necesario de fortalecer dichas debilidades, así como con el objeto de garantizar la viabilidad del Estado y asegurar el desarrollo material y moral de sus pueblos.

Y agregan:

a) La delincuencia organizada es un fenómeno grave que afecta directa e indirectamente el nivel de bienestar de los mexicanos.

b) La delincuencia organizada es una amenaza al Estado de Derecho y a la estabilidad política; con ello, atenta contra la consolidación de un sistema de garantías individuales sólido y estable; Pero ¿Acaso podremos señalar que la protección de las garantías constitucionales quebrantadas por la criminalidad organizada, deben ser contrarrestadas con otras violaciones de igual o mayor índole por parte de los instrumentos legales que para tal efecto promulgue el Ejecutivo de la Unión? Tal parece que es más importante cumplir con los "compromisos gubernamentales, más que nacionales, obedecen intereses internacionales, que los propios deseos, intereses y el bienestar de la sociedad mexicana.

c) Las naciones democráticas han adoptado sistemas similares para hacer frente a la delincuencia organizada y con ello salvaguardar los principios políticos y jurídicos sobre los cuales se construyen las democracias modernas. Esto se expresa con base a la experiencia que fueron directamente tomadas por la Delegación Parlamentaria, compuesta por Senadores de la República, entre ellos el Licenciado Eduardo Andrade Sánchez, y

Diputados Federales de los diferentes partidos políticos, así como funcionarios de la Procuraduría General de la República y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quienes en 1995 realizaron una visita de trabajo a las más importantes dependencias del sistema de justicia penal encargadas de la lucha contra la delincuencia organizada en Colombia, Estados Unidos, Francia, Italia y España, experiencias, que a dicho del Ejecutivo, sin duda refuerzan las ideas que en México, se venía planteando en torno a las medidas adoptadas por la Iniciativa de Ley.

d) No adoptar medidas realistas en la ley, lleva a la adopción de prácticas estatales ocultas, o a simulaciones, y con ello, a que la autoridad escape del control necesario sobre sus actos. Ante esta comprensión, cabría preguntarnos lo siguiente. ¿Que actualmente no la autoridad expresa sus actos, violatorios, como lo antes señalados? Entonces podemos entender, que si no se aprueba la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia, tal y como la ha propuesto el Ejecutivo Federal, sus órganos representantes actuarán de forma arbitrariamente; ante tal situación encontramos, una coacción para la obtención de un resultado querido, para atender intereses externos, sin que se tome en consideración la verdadera seguridad pública y jurídica demandada por la sociedad.

Terminándose la citada expresión de razones que, con fundamento en lo antes referido, resulta impostergable la ley que se propone en materia de delincuencia organizada, de otro modo, la sociedad queda condenada a que se persiga sólo a bajos empleados de la gran empresa criminal, y el sistema de justicia penal, como con frecuencia se ha afirmado, seguirá siendo un instrumento ineficaz.

Considero necesario, sin lugar a dudas, el establecimiento de un medio de control y combate frente al fantasma de inseguridad que en la actualidad invade nuestro país, pero el mismo debe ser tal que, no solo abarque un ordenamiento jurídico especial, sino además políticas integrales de seguridad, prevención, tanto general como especial, que indudablemente no solo tienen que ver con el sistema punitivo, sino social, medios y medidas de superación, oportunidades, adaptación y readaptación social, todo ello con el

amplio respeto de las garantías que en favor del gobernado establece nuestro máximo cuerpo de leyes.

#### **4.- Delitos Previstos como Delincuencia Organizada.**

Respecto al presente apartado, debemos resaltar que el vigente artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, prevé como delitos que pueden ser considerados como casos de la delincuencia organizada, los siguientes:

El terrorismo, el sabotaje, la piratería, la evasión de presos, los ataques a las vías de comunicación, el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, el de contra la salud, el de trata de personas, la explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, la falsificación o alteración de moneda, la violación, el asalto de carreteras o caminos, el homicidio, el secuestro, el robo calificado, la extorsión, el acopio y tráfico de armas, la tortura, y el tráfico de indocumentados.

Esta lista de conductas ilícitas, que en su caso podrían ser consideradas como "delincuencia organizada", fue muy criticada por considerarse en demasía extensa, además de que algunos de éstos delitos no pueden adecuarse a los requisitos y objetivo señalados por el propio precepto en cita, como la organización bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado fines predominantemente lucrativos, como lo es el caso de la violación. Por lo que dicho precepto se ha presentado como un fracaso, y resulta intrascendente su existencia, debido a su falta de aplicabilidad, que si bien es cierto, surgió primeramente con la idea de introducción del término "delincuencia organizada", y su definición, en los cuerpos normativos penales vigentes, solamente quedó en eso, también lo es que todo lo relativo al tema se dejó a la deriva, para ser tratado bajo el término de especialización judicial, mediante su ley reglamentaria.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Atendiendo a lo ante referido, encontramos que en la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se establece que con el fin de que la Ley resulte efectivamente funcional, se abarcan únicamente aquellos casos que realmente constituyen problema de delincuencia organizada en la actualidad. En tal virtud que en su Artículo 2 se refiere que, los delitos que pueden ser cometidos por grupos que se consideran actúan como delincuencia organizada, tales ilícitos tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, pero tan sólo nos referiremos a los delitos como tal, no así a las penas en virtud de que con independencia de las que correspondan aplicar por la comisión de cada uno de los delitos se aplicarán, además, las penas señaladas por la Ley Especial, mismos que a saber son:

**El Terrorismo**, previsto en el artículo 139 párrafo primero. "...utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación."

**El Narcotráfico**, previsto en los artículos 194. "...I. Produzca, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos... -señalados en el artículo 193 del mismo Código Penal-, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud. Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comercia: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico; II. Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos... -previstos en el artículo 193-, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito...; III. Aporte recursos económicos o de cualquier especie, colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este Capítulo; y IV. Realice actos de publicidad o propaganda, ara que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el...-artículo 193-."

**Y 195 párrafo primero** "...al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando la posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194."

**La Falsificación o Alteración de Moneda**, previsto en los artículos 234 "Al que cometa...días multa. Se entiende por moneda para los efectos de este Capítulo, los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeras, que tengan curso legal en el país emisor. Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente..."; 236 "Se impondrá...moneda alterada. Para los efectos de este artículo se entiende que altera un billete, aquel que forme piezas mediante la unión de dos o más fracciones procedentes de diferentes billetes, y que altera una moneda metálica, aquel que disminuye el contenido de oro, plata, platino, o paladio que compongan las piezas monetarias del curso legal, mediante limaduras, recortes, disolución en ácidos o empleando cualquier otro medio."; y 237 "Se castigará...a quien preste sus servicios o desempeñe un cargo o comisión en la casa de moneda o en cualquier empresa que fabrique cospesles, y que por cualquier medio, haga que las monedas de oro, plata, platino, o paladio, contengan metal diverso al señalado por la ley, o tengan menor peso que el legal o una ley de aleación inferior."

**El Lavado de Dinero**, previsto en el artículo 400 bis "...al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita." "...empleados y funcionarios de las

instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.”

**El Acopio y el Tráfico de Armas,** previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. De tal virtud que el artículo 83 bis refiere “Al que sin el permiso correspondiente hiciera acopio de armas, se le sancionará: I.- “...si las armas están comprendidas en los incisos a) o b) del artículo 11, de esta ley. En los casos del inciso y) del mismo articulado, se impondrá...” II.- “...si se trata de cualquiera otra de las armas comprendidas en el artículo 11 de esta ley. Por acopio debe entenderse la posesión de más de cinco armas de las de uso exclusivo del Ejército y Fuerza Aérea.” Y en el artículo 84 se establece “Se impondrá...” “Y.- Al que introduzca en la República, en forma clandestina armas, municiones, explosivos y materiales de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o sujetos a control, de acuerdo con esta ley; asimismo al que participen la introducción. II - Al funcionario o empleado público, que estando obligado por sus funciones a impedir esa introducción, no lo haga...” “A quien adquiera, los objetos a que se refiere la fracción I para fines mercantiles. Al que introduzca en la República en forma clandestina armas de fuego de los que no están reservados para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea...”. Así como el artículo 11 de la citada ley, relacionado con lo anteriores preceptos, hace el listado de las armas, municiones y materiales para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

**El Tráfico de Indocumentados,** previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, en el que se refiere que: “Se impondrá...a quien por sí o por medio de otro pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos a internarse al extranjero en forma ilegal.” “Igual pena...a quien por sí o por medio de otro u otros, sin permiso legal de autoridad competente, pretenda introducir o introduzca ilegalmente a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o a otro país, o los albergue o transporte por el territorio nacional con el propósito de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.” “A quien ha sabiendas

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

proporcione los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores....”.

El **Secuestro**, previsto en el artículo 366 “Al que priva de la libertad a otro se aplicará: I. De...si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: 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. II. De...si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes: a) Que se realice en camino público o en cualquier 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 grupo de dos o más personas; d) Que se realice con violencia, o e) Que la víctimas 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 **Robo de Vehículos**, previsto en el artículo 381 bis “...al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en un lugar destinado a su guarda o reparación....”

En la Minuta de Proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de fecha quince de octubre de 1996, suscrita en el Salón de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, en relación con la anterior Iniciativa de Ley en mención, se cambió la denominación del “Narcotráfico” por el correcto de delitos “Contra la Salud”; así como también al de “Lavado de Dinero ” por el de “Operaciones con recursos de procedencia ilícita”. Asimismo se agregaron a la consideración de delitos que pueden ser cometidos en Delincuencia Organizada, los siguientes:

El **Tráfico de Organos**, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud. Precepto de los que se deducen la siguientes conductas: artículo 461.- "Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud..."; artículo 462.- "...I.- Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y II.- Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos."; y artículo 462 bis.- "Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance.

El **Asalto**, previsto en los artículos 286 y 287 del Código Penal Federal, en los que se prevé: "Artículo 286.- Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin; y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido,..."; y "Artículo 287.- Si los salteadores atacaren una población,...".

Y el **Tráfico de Menores**, previsto en el artículo 366 ter. del Código Penal Federal, en el que se prevé que: "Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico,...". "...a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba el menor." "Si la entrega definitiva del menor se hace sin al finalidad de obtener un beneficio económico,...". "Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación,...".

Ahora bien, es menester hacer mención que no todos estos delitos, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, así como los ordenamientos jurídicos internos de países desarrollados y tratados internacionales celebrados entre éstos, forman parte de la lista de aquéllos que son considerados como los que pueden formar parte de la perpetración del crimen organizado, entre los que destaca hacer mención se encuentran el cohecho, el tráfico de influencias, el peculado, el enriquecimiento ilícito, entre otros, ante lo cual podemos apreciar que los mismos son relativos y únicos en su comisión por servidores públicos, por lo que se pone en duda el actuar de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión, quienes propusieron y aprobaron el listado limitado de ilícitos relacionados con la delincuencia organizada, excluyendo del mismo los delitos antes referidos, pues no puede ser que se haya fundamentado dicha iniciativa en la búsqueda de justicia, paz social y un estado de derecho, característico de las naciones democráticas, y se actúe en forma contraria, protegiendo posibles conductas ilícitas que en su caso pudiesen ser cometidas por algún funcionario público de nuestro país.

#### **5.- Delincuencia Organizada: ¿Un Tipo Penal ó una circunstancia?**

Cuando se introdujo al sistema jurídico mexicano, específicamente en los Códigos Adjetivos y Sustantivos Penales, una nueva figura, hasta entonces para nosotros, denominada "Delincuencia Organizada", despertó innumerables dudas y controvertidas discusiones, como ya lo hemos señalado en líneas anteriores, pero de entre ellas cabe hacer un pronunciamiento especial en relación a que nunca se ha determinado expresamente en la Ley, si la Delincuencia Organizada, es un Tipo Penal, entendida como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Que por virtud de ser una conducta que atenta contra los bienes jurídicamente protegidos por la ley en beneficio de la sociedad, se encuentra descrita en un precepto legal,

como delito, y tenga señalada la aplicación de una pena, para aquellas personas que se adecuen a la descripción típica de la conducta antijurídica.

Y en el mejor de los casos, tampoco se ha hecho la expresión si se trata tan solo de una circunstancia, modificativa, o calificativa, que agraven la sanción a imponer a un individuo, por la comisión de un delito que se encuentra aunado a determinados factores que hacen denotar su expresión de peligrosidad, así como del aumento a la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal.

Debido a lo anterior pretendemos poder determinar, si la "Delincuencia Organizada" es un Tipo Penal o una Circunstancia Calificativa agravante del delito cometido.

Ahora bien, con relación al tema en estudio, en el segundo párrafo de la página seis de la exposición de motivos de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, encontramos la siguiente comprensión:

*"Es importante indicar que, al encontrarse definida la delincuencia organizada en los códigos de procedimientos penales, se identifica sólo para efectos de considerar plazos más amplios de retención por el Ministerio Público sobre presuntos responsables y no para otros fines -no es un tipo penal independiente o autónomo-. Tampoco se le considera como un delito por sí mismo; por lo que, en nuestro país no se puede procesar a alguien sólo por pertenecer a una organización criminal con las características señaladas -concepto de delincuencia organizada-, sino que sólo se le puede procesar cuando cometa un delito de los previstos como tal en la legislación penal."*

Pero ahora vayamos a analizar los primeros artículos de la Minuta de Proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, los cuales han causado polémica, ya que muchos juristas entre sus opiniones han disertado respecto a la consideración de que la "Delincuencia Organizada" es un Tipo Penal o una Circunstancia Calificativa del delito.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

**"Artículo 1°.-** La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional."

**"Artículo 2°.-** 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 siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: ..."

**"Artículo 3°.-** Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

Los delitos señalados en la fracción V de dicho artículo lo serán únicamente si, además de cometerse por un miembro de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción. En este caso, el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales serán competentes para conocer de tales delitos. Bajo ninguna circunstancias se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas."

**"Artículo 4°.-** Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se aplicarán las penas siguientes:..."

En tanto que en relación al tema en estudio, es pertinente referirnos a lo expresado por el **Dr. Raúl Plascencia Villanueva**,<sup>315</sup> quien considera que el proyecto de Ley Contra la Delincuencia Organizada, introduce en el artículo 2°, un nuevo tipo penal, que describe lo que se entenderá como delincuencia organizada. Cabe recordar que en el vigente artículo

<sup>315</sup> Disertación en el "Modulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se dio la primera concepción de delincuencia organizada, reforma que se generalizó en todo el país, por lo que cada estado de la República, aparentemente, adoptó una tendencia respecto de los que había de entender y cómo habría de definir a la delincuencia organizada.

No obstante de lo anterior, continuó citando el mencionado jurista, en nuestro país, existen por lo menos cinco clases o maneras de concebir, desde el punto de vista legal, a la delincuencia organizada. En algunos códigos de los estados se considera un tipo penal, *verbi gratia*, el Estado de México. Otros sólo retoman la descripción planteada en el Código Federal de Procedimientos penales, como el Estado de Guanajuato, Sinaloa, Tabasco. Hay otros la confunden con la asociación delictuosa, como lo es el Estado de Durango. Pero algunos, copian mal la reforma federal, restándole elementos a la descripción, como lo es el caso del Estado de Hidalgo. Y por otra parte, hay quienes asumen la tendencia de una descripción plenamente abierta, de un tipo penal abierto, contenido en el Código Penal, como el Estado de Sonora y el de Baja California. Por lo que podemos concluir que en nuestro país no existe una postura unánime a nivel nacional respecto a la concepción de la delincuencia organizada, pues cada quien tiene una concepción muy a su entender.

Bien, una vez expuesto lo anterior, haremos las siguientes observaciones personales. Es obvio determinar que, si en la propia exposición de motivos de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se señala que dichas organizaciones no son consideradas en la Legislación Penal respectiva, y que antecede a la misma en cuanto a su vigencia, como Tipos Penales, no deben considerarse de tal forma, pues tan cierto es que no se desprende de los preceptos antes referidos que se encuentra establecida una sanción para aquellas personas integrantes de una organización criminal por el sólo hecho de pertenecer.

Pues en el artículo 1º de la Minuta del Proyecto de Ley respectivo, se señala que la misma tiene el objeto de establecer las reglas para la investigación persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, tratándose de los delitos cometidos por los

**Inconstitucionalidad de los Art. 4 y 7 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

miembros de las organizaciones delictivas; y no el objetivo, aplicado a la prevención especial por la comisión del delito de delincuencia organizada. Hay que entender exactamente lo que dispone cada precepto.

Por lo que, posteriormente se da la definición a la cual habrá que dirigirse para poder determinar quien pertenece o forma parte de una organización delictiva, como la señalada por el artículo 2º de dicho Proyecto de Ley, así como se encuentra un listado de aquellos delitos que podrán ser sancionados conforme al citado cuerpo legal, cuando los mismo sean perpetrados por miembros de la delincuencia organizada, en caso de no se así, seguirán siendo sancionados tales conductas ilícitas, así calificadas por la ley, por los Códigos Sustantivos Penales respectivos.

Sin embargo, si los delitos enlistados son perpetrados por algún miembro de la delincuencia organizada, solo entonces serán competencia de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por cuanto hace a su investigación, persecución, procesamiento y sanción, pero en el sentido genérico como comúnmente nos referimos a la sanción, aquí hay que fijarse bien, primero, existe un delito calificado como grave por la ley, que tiene prevista una sanción señalada en la propia ley penal, bien, en segundo lugar tenemos, que dicha conducta ilícita es cometida por una persona miembro de una organización delictiva que reúne los caracteres de la delincuencia organizada, y en tercer lugar, señala la ley antidoto para dicho fenómeno, será aplicada la sanción que esta misma prevenga independientemente de las que correspondan a los delitos cometidos y señaladas en las leyes penales federal o comunes,<sup>316</sup> para decirle de alguna forma generales, no especiales como en el presente caso. Por lo que el resultado de lo anterior, nos da una sanción penal aplicada a una conducta típica antijurídica independiente de la original que corresponda, en virtud de haberse cometido bajo "circunstancias especiales", es decir, por un miembro de la delincuencia organizada, por lo que tal circunstancias, agravan la punibilidad aplicable, es ahí en donde en realidad, a mi criterio, se enfoca el sentido de la Iniciativa de Ley a estudio, en la agravación de penas.

<sup>316</sup> Cfr. Artículo 5º de la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y/o Artículo 4º de la Minuta de Proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por lo que una vez entendido lo anterior, podemos señalar que, el acuerdo de organización o la organización 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 enlistados en el artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, solamente es una forma especial de comisión de conducta ilícitas especiales, que actualmente por su alto índice y especial grado de comisión, afectan la estabilidad jurídica y política de los Estados, y destrazan los principales valores de la sociedad mundial, creando el ya denominado fantasma de la inseguridad social que invade, hasta el momento, irremediadamente a cada nación. Es decir, como lo señaló el **Lic. Fernando García Cordero**,<sup>317</sup> se trata solamente de un "modus operandi", actual, moderno, innovado y con grandes expectativas de crecimiento, que actualmente ya es un problema transnacional, ante el cual los estados deberán tomar las medidas pertinentes en pro de la defensa de su estructura y estabilidad, pero primordialmente de su pueblo. Es una forma especial de comisión de determinados ilícitos, con tendencias de obtener resultados económicos, y por tal razón, debe ser reprimido con especial atención, y en especial nuestro país, asume la postura, otra vez más, de una política represiva, antes de atender a la preventiva. Circunstancia que de igual forma sucede con otros delitos, como el robo calificado por haberse cometido con violencia física o moral o por una o varias personas armadas, sólo son medios de comisión, modo de operación, para alcanzar un fin ilícito.

#### **6.- La Delincuencia Organizada y las Reformas Constitucionales.**

Ante todos los efectos, crecimiento, expansión y afectación, resentidos a todos los niveles de la sociedad mexicana, el gobierno mexicano, se ha planteado de manera de forma insistente, el lograr introducir al sistema jurídico penal un ordenamiento jurídico que ayude

<sup>317</sup> Conferencia, del 4 de Septiembre de 1996, otorgada por del citado profesionista en el "Módulo sobre Derecho Penal", con el tema "Reflexiones sobre la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada", convocado por el Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho, A. C.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

no sólo a combatir, sino a erradicar, el crimen organizado, es por ello que en esa búsqueda y espera de su aceptación por parte de los diversos grupos de opinión de interés, relacionados con la materia, ha preparado el camino para el día en que se consolide su objetivo, y ésto ha significado importantes e innovadoras reformas a nuestra Carta Magna.

La primera aparece en el año de 1993, mediante la cual es reformado el séptimo párrafo del artículo 16, para quedar de la siguiente manera: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente expuesto será sancionado por la ley penal."

Esta reforma, aun y cuando en la práctica no resulto de gran relevancia, ya que no había aplicabilidad de la duplicidad del término de retención por parte del Ministerio Público para investigación de delitos tratándose de delincuencia organizada, ya que no existía en ese momento disposición legal alguna en la que se expresara cuales eran los casos de delincuencia organizada; más sin embargo su relevancia radicó en que fue la primera introducción de dicha expresión en la Ley.

Sergio García Ramírez, comenta en relación a la citada reforma que,<sup>318</sup> el nuevo artículo 16 establece dos plazos para la denominada "retención" (que es otra manera de denominar a la "detención", la cual no se agota en un acto, sino implica un estado, una situación más o menos prolongada, en términos del primer párrafo del artículo 19 Constitucional) del sujeto capturado en flagrancia o por urgencia. Derivándose de lo anterior una retención ordinaria que se extiende hasta por cuarenta y ocho horas, y una extraordinaria o especial, que lo hace hasta por noventa y seis horas; ésta última respaldada en la posibilidad de que exista "delincuencia organizada", concepto que ha quedado sujeto a la determinación de la ley secundaria.

<sup>318</sup> Cfr. Rabasa, Emilio O., y Caballero, Gloria, *op. cit. supra*, nota 313, pág. 72

Inconstitucionalidad de los Art. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Y efectivamente, un año después, en 1994, fueron reformados los Cuerpos Legales Sustantivo y Adjetivos Federales de la materia, en donde, además de introducirse la figura de "Delincuencia Organizada", también se da su primer conceptualización legal, en tal razón tenemos que:

En el artículo 196 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, se dispuso: "Se impondrá prisión de veinte a cuarenta años y de quinientos a diez mil días multa, así como decomiso, de los objetos, instrumentos y productos del delito, a quien por sí, a través de terceros o a nombre de otros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa constituida con el propósito de practicar o que practique cualquiera de las actividades delictivas a que se refiera este Capítulo -denominado, de la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos, del Título Séptimo, Delitos contra la Salud-

Si el autor no tiene facultades de decisión, pero colabora en cualquier forma para el logro de los fines de dichas organizaciones, las penas señaladas serán de hasta una mitad."

Así mismo en el primer párrafo del artículo 194 bis Código Federal de Procedimientos Penales, se definió como casos de "Delincuencia Organizada", para efectos de la duplicación de la retención del indiciado a que se refiere el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al referir que: "...serán aquellos -casos- en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplinas y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal...".

Sin embargo, las anteriores reformas no has sido consideradas suficientes, refiere el **Dr. Moisés Moreno Hernández**,<sup>319</sup> era necesario contemplar la problemática de la

<sup>319</sup> Disertación en el "Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

**Inconstitucionalidad de los Art. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

delincuencia organizada, de manera integral, para efectos de que las medidas no solamente se redujeran a simplemente aumentar las penas, a disminuir las posibilidades de beneficios para los delincuentes, sino también plantear una serie de medidas de carácter preventivo general, medidas tendientes precisamente a la investigación, persecución y procesamiento de la delincuencia organizada y por supuesto, medidas que atendieran el aspecto penitenciario en la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

En este orden de ideas, a principios de 1995, se volvió a plantear el objetivo de la creación de una Ley Federal, que no sólo contra atacara al narcotráfico, sino contra la delincuencia organizada en general, no obstante que éste último sea una de sus principales expresiones en la que se justifica la adopción de ciertas estrategias político criminales. Por lo que a partir de marzo de 1995, se inició el diseño de la Iniciativa de Ley federal Contra la Delincuencia Organizada, en la que colaboraron, en su análisis y discusión, diversos especialistas, y posteriormente se puso a consideración de la Conferencia Nacional de Procuradores a efecto de que opinaran al respecto. Posteriormente, al tener estructurada en forma más completa dicha Iniciativa de Ley, fue puesta a consideración de dependencias públicas, incluyendo al propio Órgano Legislativo Federal, a efecto de involucrarlos en su análisis y aportaran sus consideraciones pertinentes.

Por último, el mes de octubre de 1995, dicha Iniciativa fue puesta a consideración de la opinión pública, que empezó a ser objeto de análisis, en virtud de que en la misma se planteaban una serie de estrategias político criminales que resultan novedosas frente a las que tradicionalmente se han adoptado para enfrentar a la delincuencia.

Pero, no obstante de lo anterior, se continuó con la preparación, como ya es tradicional en nuestro país, reformar los preceptos constitucionales que sean contrarios a los lineamientos de las iniciativas o reformas de leyes, para que cuando éstas entren en vigor no se contrapongan entre sí; por lo que recientemente, el pasado veintiséis de junio del presente año, se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma en la que, sin lugar a duda, se dio entrada, o en otros palabras como ya lo

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

señalamos, se preparó el camino para la aprobación y entrada en vigor que en un futuro no muy lejano se dará de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, utilizando el ya muy viciado camino por parte del Legislador mexicano, que al verse presionado por diversos foros de país de que muchas de las disposiciones estipuladas por la iniciativa de la cita da ley, da una respuesta ilógica, incongruente y atentatoria de los principios constitucionales de nuestro país, reformando los artículos que en caso de no hacerlo determinarían la inconstitucionalidad de los preceptos integrantes de la ley que pretende aprobar. En tal sentido, se presentó la adición de dos párrafos al artículo 16, como noveno y décimo, siendo que los párrafos subsecuentes se recorrieron en su orden; así el párrafo primero del artículo 21; y a la fracción XXI del artículo 73 se le adicionó un segundo párrafo.

Aquí cabe hacer el señalamiento que hace el **Dr. Moisés Moreno Hernández**,<sup>120</sup> respecto a que la idea original no era la de dar origen a una ley contra la delincuencia organizada de carácter excepcional, en donde se contemplaran medidas que de alguna manera implicaran transgresiones a los principios fundamentales que caracterizan nuestro sistema de justicia penal, sino introducir solamente nuevas estrategias de combate, verbí gratia, la intervención de medios de comunicación privada, la realización de aseguramientos y decomisos de bienes pertenecientes a miembros de organizaciones criminales, cuya legítima procedencia no se acreditara. Así como la adopción de estrategias, como la de protección a testigos, jueces, fiscales, dada la naturaleza de este tipo de delincuencia, la conveniencia de mantener oculta, en cierta medida, la identidad de testigos para favorecer la investigación y denuncia de este tipo de hechos.

De todas estas medidas, se busco que se ajustaran a los criterios que merca la Constitución, que no violentaran derechos humanos, que no fueran más allá de lo que permite un sistema de justicia penal propio, de un Estado democrático de derecho. Por lo que, en tal virtud, se analizó el alcance de ciertas disposiciones constitucionales que tienen que ver con algunas cuestiones como el de las intervenciones de los medios de

---

<sup>120</sup> *Ibidem*

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

comunicación privada y el relativo al decomiso de bienes perteneciente a los miembros de la delincuencia organizada. Situación que fue aprobada por académicos, legisladores y público en general.

Ante lo anterior los párrafos noveno y décimo, integrantes del **artículo 16 Constitucional**, aparecen redactados de la siguiente manera:

"Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor."

"Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio."

La reforma a este precepto, despertó diversos comentarios, unos a favor y otros en contra, de tal razón que, unos planteaban, que no era necesaria la reforma, ya que el primer párrafo del citado artículo, ya estaba prevista dicha medida, de tal manera que si la medida es autorizada por una autoridad competente no se tendría ningún problema de constitucionalidad. Y en contraste, existía la opinión de que el párrafo primero no tenía el alcance para este tipo de medidas, ya que no sólo se trata de meros actos de molestia, sino que también afectan otros intereses, por lo que si se quería implantar en la legislación secundaria, era necesario hacer la reforma constitucional.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

También existieron consideraciones en el sentido de que la reforma podría plantearse en el artículo sexto constitucional, ya que la garantía vulnerada es la de libre expresión de las ideas, ya que señala que éstas no serán objeto de inquisición alguna. Pero en realidad, el hecho de las intervenciones de medios de comunicación no afectan esta garantía de libre expresión de las ideas, sino que tiene otra finalidad. Por lo que se dio la citada reforma, planteada como referencia a uno de los medios de comunicación, como es la correspondencia. En tanto que se ampliaría dicha garantía, diciéndose que la correspondencia, como otros medios de comunicación privados, es inviolable, con la excepción de, salvo donde hubiera una orden judicial para ello. Idea que fue tomada de Constituciones de otros países.

En un principio la propuesta inicial de reforma establecía que la excepción a esta garantía inviolable solamente se daría tratándose de investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, para efectos de que no se pudiere hacer uso de esa medida a otro tipo de delincuencia. Posteriormente se señaló que dicha reforma no debería de ser en el párrafo décimo del artículo 16, sino en el octavo, en razón que tenía el tema más que ver con los cateos, que con el de la correspondencia, pues las intervenciones de medios de comunicación realmente constituyen cateos. Así es como se le dio el nombre de "cateos electrónicos" a la intervención de los medios de comunicación privada, que debería de regirse conforme a las reglas y requisitos del cateo previsto en el párrafo octavo del artículo 16 constitucional. Anexándose además su autorización única por autoridad judicial federal, y para determinados casos específicos.

De la forma antes descrita, quedó redactada la iniciativa, misma que en el Congreso de la Unión, puesta al conocimiento en primer lugar de los Senadores, y posteriormente de los diputados, se virieron diversas opiniones al respecto entre ellos, así como se escucharon las de los juristas, académicos, procuradores de justicia y otros interesados en el tema. De lo anterior se desprendió que los Senadores elevaran las comunicaciones privadas a garantía constitucional, por lo que se establece que toda comunicación privada es

inviolable, seguida de la excepción, que será cuando sea autorizada por autoridad judicial federal.

Asimismo, en la iniciativa se establecía, que la autorización solo podría darse por una autoridad judicial federal, a solicitud del Ministerio Público Federal, únicamente para los efectos de la delincuencia organizada, sin en cambio la reforma tomo el sentido de que, quienes pueden solicitar la autorización es la autoridad federal que esté facultada por la ley para ello, o el titular del Ministerio Público de la entidad federativa que corresponda. Por lo que ahora, no únicamente el Ministerio Público Federal podrá hacer la solicitud de intervención, sino también alguna autoridad federal, o el Ministerio Público del fuero común. Lo anterior se dio con la finalidad de no dejar en estado de indefensión para estar en posibilidad de hacer uso de este tipo de medidas a las procuradurías de los estados.

Así también, es importante hacer resaltar que de la reforma en cita se desprende que la autoridad judicial federal no podrá autorizar dichas intervenciones, tratándose de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido, por lo que, atendiendo a la interpretación general que al efecto se ha dado, la única materia en que podrá autorizarse la intervención de comunicaciones será la penal; pero cabría preguntarse ¿Qué acaso la familiar no es otra materia del derecho?, en tal razón, ¿Está autorizada la intervención de comunicaciones privadas en materia familiar?, de ser así, cuan atentatorio y peligroso es la vigencia de tal disposición.

Aunado a la anterior omisión por parte del legislador, está la de que se encuentra, atendiendo a la interpretación textual del texto de la reforma, abierta la posibilidad de la intervención de comunicaciones privadas, el cual no es un derecho absoluto, como una generalidad en materia penal, pues creó que por esa parte se encontraba de mejor manera redactada la reforma, de considerar únicamente este método en los casos de delincuencia organizada, pues no puede ser que el legislador si se haya ocupado de elevar únicamente el derecho de las comunicaciones privadas a rango de garantía individual, y señalar su

excepción, y no señalar específicamente sobre que casos, dejando como ya es su costumbre tal situación a la regulación de leyes secundarias.

Ahora analicemos el **artículo 21 Constitucional**, el cual en virtud de la reforma en cita quedó, en su párrafo primero, redactado de la siguiente forma:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.”

Esta reforma, en realidad, no es de substancial trascendencia, lo único que sucedió fue la supresión del término “policía judicial” para quedar únicamente el de “policía”, esto con la intención, como ya lo hemos apuntado, de darle entrada a los preceptos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la cual dentro de su iniciativa, considera el que la Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en el combate y persecución de la delincuencia organizada, integrada por Agentes del Ministerio Público Federal y de la Policía Judicial Federal.<sup>321</sup>

Y en la Minuta de Proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se refiere que deberá contarse con una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por Agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por Agentes de la Policía Judicial

---

<sup>321</sup> Cfr. Artículo 9 de la L.F.C.D.O.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 "y 7" de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Federal y Peritos.<sup>322</sup> Así es como se da entrada a la creación de, la ya denominada en el medio gubernamental, una "policía investigadora".

Por cuanto hace al párrafo segundo del **artículo 22 Constitucional**, se plasmó de la siguiente forma:

"No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no se acredita la legítima procedencia de dichos bienes."

En cuanto a la anterior reforma, no hay mucho que comentar, pues es obvio considerar la presunción de que si existe un miembro de una organización criminal, la cual tiene fines eminentemente lucrativos, la obtención de sus dividendos son de carácter ilícito, y en tal virtud deben de ser decomisados por la autoridad judicial, al no poderse comprobar su legítima procedencia. Situación de que es tratada en un Capítulo en la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, quinto, especial, denominado "Del Aseguramiento de Bienes Susceptibles de Decomiso".

Y por último, la fracción XXI del **artículo 73 Constitucional**, que establece las facultades del Congreso, a saber, quedó redactado como:

**"XXI.- Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.**

---

<sup>322</sup> Cfr. Artículo 8 de la M.P.L.F.C.D.O.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales:"

De esta última reforma, es menester hacer la observación de la importancia que toma el contenido del segundo párrafo de la fracción reformada, pues de ella emana una figura jurídica más integrada a la Iniciativa de Ley en estudio, la facultad de atracción por parte de Ministerio Público Federal para conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos sean cometidos por una organización delictiva.<sup>323</sup>

Las anteriores reformas constitucionales, son las antecesoras a la introducción del derecho penal mexicano, de un nuevo cuerpo de leyes especializado en el combate a las organizaciones delictivas, en la cual dentro de su iniciativa, se señalan como cuestiones previa de su contenido, los caminos que se plantearon para legislar en materia de crimen organizado, los cuales fueron:

a) Incluir las adecuaciones que se consideren pertinentes en el Código Penal aumentando los supuestos típicos o incrementando las punibilidades, y en el Código Federal de Procedimientos Penales, estableciendo ciertos mecanismos procesales que posibiliten la investigación de los delitos; y

b) Dar origen a una "Ley Especial", en la que no sólo se prevean aspectos sustantivos, sino particularmente cuestiones procesales, además de otros diversos aspectos de una "política integral" de lucha contra el crimen organizado, entre los que se incluyen cuestiones de prevención general y de prevención especial.

Asimismo se menciona que, sin duda, cada una de las alternativas tiene ventajas y desventajas, pero del análisis de ellos se concluyó que los más conveniente, para una lucha más eficaz contra el crimen organizado, es la creación de un cuerpo normativo específico para esta materia, que establezca estrategias político-criminales específicas, como ya lo han

<sup>323</sup> Cfr. Artículo 3 de la I.L.F.C.D.O.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

hecho varios países del mundo, sobre todo los que de manera directa se enfrenta a este problema. Por lo que ante el incuestionable hecho de que el problema actual del crimen organizado, en el que sobresale el narcótico, es un problema particularmente grave, que no sólo tiene que ver estrictamente con la salud de los mexicanos, sino incluso con la propia soberanía y seguridad de la nación; por lo que merece una atención "especial" en la que se contemplen no sólo los aspectos eminentemente represivos de los medios de control, sino también, y sobre todo, los preventivos, que se deben lograr a través de la actividad coordinada de las diversas dependencias y sectores involucrados. De ahí que el Ejecutivo Federal y los Legisladores del Congreso de la Unión consideran justificable la creación de una ley especial contra el crimen organizado, que contenga una política de Estado Mexicano frente a este desafiante fenómeno; así se puso a consideración de la Cámara de Senadores, quien desempeñó el papel de origen y de la Cámara de Diputados, la de revisores.

Pero considero, no obstante de lo anteriormente referido, que la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, atenta seriamente contra los principios fundamentales que rigen el sistema jurídico penal mexicano, ya que al pretender la creación de una legislación especial con principios válidos únicamente para los casos de delincuencia organizada, generará un mayor problema en lugar de abatir el de la falta de profesionalización, con que se sustenta su creación, y por ende provocara lo contrario, y mayor inseguridad jurídica. Así como la creación de otro tipo de delinquentes, que actualmente hay dos categorías, menores infractores, la primera, y delinquentes comunes, la segunda, señalados por la ley penal como imputables por contar con una edad mayor de dieciocho años; pero ahora tendríamos una tercera, los delinquentes miembros de organizaciones delictivas, y tal vez los de primera categoría, pues serían quienes gozarían de los mejores centros de reclusión del país, de máxima seguridad por su peligrosidad o importancia personal, los privilegiados, tanto que hasta tendrían su propia ley que contenga los aspectos sustantivos y adjetivos de su proceso judicial.

La Ley contiene una serie de fórmulas y mecanismos que la propia exposición de motivos de la iniciativa, reconoce son aplicados en países tales como Estados Unidos, Inglaterra e Italia, entre otros, los cuales tienen un sistema jurídico, una cultura, una historia y una conformación social completamente diversa de la nuestra. Estos tipo de países no padecen la extrema pobreza, como la que padecemos en nuestro país, así como los márgenes de impunidad y corrupción aquí existentes, vicios característicos de países latinoamericanos. De lo que podemos desprender que en nuestro país no se aprende de la experiencia, se sigue intentando aplicar sistemas tanto políticos como sociales, y ahora jurídicos, que son de diversa índole y aplicación a lo que necesita nuestro país, del nuestro no son tomadas sus características, o en otras palabras, se sigue intentando poner un calzado en demasía grande o pequeño, pero no uno que realmente sea de la medida exacta del sistema mexicano.

Pues bien, en caso de ser aprobada la Ley como la plantea su propia iniciativa, se traduciría en un problema adicional para el pueblo mexicano, y no en una solución de seguridad social efectiva y pretendida.

Difiero del señalamiento de que alto índice delictivo, imperante en nuestro país, tanto común como organizado, se deba a imprecisiones de la ley, o a la falta de instrumentos legales efectivos, sino que radica, no sólo como consideración personal sino generalizada, dicho problema en las personas a quienes se tiene encomendada su práctica, los cuales adolecen, en su mayoría, de falta de capacitación, profesionalización y se encuentran estrechamente apegados a los placeres viciosos que les da la corrupción en que se hayan inmersos.

Primero tendríamos que preocuparnos seriamente, por dirigir la atención sobre los programas de profesionalización, especialización y formación de servidores públicos, honestos y justos, celosos de la observancia y cumplimiento de los ordenamientos legales, en quienes se depositare el sistema de procuración y administración de justicia, todo ello aplicado a nivel nacional, con la finalidad de garantizar la funcionalidad de dichas

instituciones, obteniendo como resultado el beneficio social que con ansia es esperado por toda la sociedad mexicana, y no una aportación más al monstruo del que también debemos protegernos los ciudadanos, de igual o de mayor manera que del fenómeno de inseguridad altamente creciente y que invade nuestra nación.

**7.- Inconstitucionalidad de los Artículos 4° y 7°  
de la Iniciativa de Ley Federal contra la  
Delincuencia Organizada.**

Una vez expuestos todos los apartados que anteceden, es preciso analizar ahora la esencia del presente trabajo, estamos ubicados en la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, norma jurídica de carácter especial que se pretende que sea expedida por el Congreso de la Unión, atendiendo primordialmente a la demanda de seguridad por parte de la sociedad y a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano, para combatir a la delincuencia organizada, pero en especial al narcotráfico.

Por lo que, analizando dicha Iniciativa de Ley, se puede apreciar claramente que tiene, dentro de la determinación de sus ámbitos espacial y personal, su competencia de aplicación, en toda la república y a todas la personas a partir de los dieciséis años de edad, que participen o formen parte de la delincuencia organizada.

Considero procedente realizar la transcripción de los preceptos del pretendido cuerpo normativo, Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que contienen los señalamientos aludidos.

**“Artículo 4°.- Esta Ley se aplicará a quienes participen en la delincuencia organizada, a partir de los dieciséis años de edad cumplidos.”**

**“Artículo 7°.- A las personas de dieciséis y hasta dieciocho años de edad que intervengan en la comisión de los ilícitos relacionados con la delincuencia organizada a que se contrae esta ley, se les impondrá hasta la mitad de las penas previstas para el delito de que se trate, así como de las previstas en el artículo 5°.”**

Justificándose lo anterior, al referir que, la actual estadística delictiva muestra en la comisión de delitos un alto índice de participación de menores de edad, que también empieza a incrementarse con relación a la delincuencia organizada; y aún cuando en los últimos años se ha discutido ampliamente sobre la posibilidad de disminuir la edad penal, habiendo resistencia de que esa idea se generalice para todos los delitos, se considera en cambio justificable hacerlo con relación a la delincuencia organizada, manteniendo dicha medida, por lo tanto, un carácter excepcional. Además, de la propia iniciativa de ley se desprende que a los menores de edad sólo se les impondrá hasta la mitad de las penas previstas para el delito de que se trate.

Como comentario final a la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada,<sup>124</sup> el Ejecutivo Federal refiere, con el fin de afianzar su propuesta:

“México, vive momentos delicados en los que sus sistemas de procuración y administración de justicia enfrenta demandas y presiones que pueden llegar a ser contradictorios. Por una parte, se exige de las instituciones que aumenten rápida y considerablemente su eficiencia en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada, pero por la otra, siguen presentes con vitalidad las demandas de desterrar del sistema la tortura y otros vicios, y de controlar la arbitrariedad policiaca.”

<sup>124</sup> Exposición de Motivos de la I.L.F.C.D.O., pág. 23

**Inconstitucionalidad de los Art. 4<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

“Plantear en este contexto un sistema de delimitaciones de garantías puede resultar preocupante para algunos sectores de opinión, por lo que es necesario establecer una serie de argumentos - que son sólo eso a nuestra consideración- de apoyo a dicha política, como una serie de garantías que eviten que una legislación especializada, y por ello de carácter excepcional, pueda extender su aplicación a otra clase de fenómenos, poniendo en riesgo el sistema de garantías. Toda limitación de garantías tiene que ser convalidada por la autoridad judicial federal, ya sea mediante autorización previa o ratificación posterior, pues se comparte la preocupación totalmente legítima que en la actuación del Ministerio Público y de la Policía Judicial deben estar ausentes la tortura y demás formas de arbitrariedad, y que prevalezca siempre el Estado de Derecho, que es sinónimo de reconocimiento y respeto a los derechos humanos.”

No puede ser más que notorio de lo antes citado que, al tratar de satisfacer, o solucionar el problema que aqueja a las autoridades, como son los reclamos que con justo motivo hace la población, ante el problema creciente de la inseguridad, provocado no solo por la delincuencia organizada, sino también por la común, se pretende establecer un cuerpo normativo, que parece un grito de auxilio del Estado más que medio de solución, notoriamente arbitrario, autoritario y violatorio de los derechos subjetivos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No es válido considerar la disminución de la edad penal, no obstante de que se trate en casos excepcionales, es decir, cuando el menor se ubique en las circunstancias previstas por la ley especial, pues ello, como ya lo hemos señalado, más que prevenir su conducta, se esta creando un medio represivo autoritario, haciendo que sea considerado como sujeto de aplicación del sistema jurídico de los adultos, en todos los sentidos, preventivos y ejecutivos, y por ende ser tratado con tal consideración, violándose de esta forma su derecho a tratamiento especial para menores infractores, pues su conducta ya constituiría un delito, y del derecho a la preservación de su salud mental, al introducirlo a un medio viciado en extremo, en los que sus valores personales serían desconsiderados, y con ello,

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

provocar una afectación psicológica contraria al fin de readaptación social que busca la política criminal mediante los sistemas de justicia penal.

¿Acaso valdría, como señala la exposición de motivos de la citada iniciativa de Ley, sacrificar algunas garantías por preservar la paz y orden social?

Tal vez podemos coincidir, en que existen algunas de mayor prioridad que otras, pero no por ser más importantes, sino únicamente por el índice de valor de acuerdo al bien jurídico que tutelan, sin embargo todas son garantías y deben de prevalecer sobre todas las circunstancias o actos del Estado. Debiendo ser motivo rechazo total una iniciativa de Ley, con el carácter restrictivo de garantías, como la que se pretende imponer.

Siguiendo con lo antes descrito, es menester tomar en consideración las diversas aportaciones que al respecto señalan destacados juristas mexicanos contemporáneos

Motivo del tema a estudio el **Dr. Raúl Plascencia Villanueva**,<sup>225</sup> refirió que ante la posibilidad de hacer sujetos del derecho penal a las personas, a partir de los dieciséis años, que participen en la delincuencia organizada, la discusión se presenta áspera, pues es un asunto sumamente delicado, no sólo por la tradición que en materia de responsabilidad penal ha seguido nuestro país, desde el punto de vista federal, porque si bien es cierto que en los Estados de la República se ha seguido al respecto una disparidad de criterios, a nivel de delincuencia organizada también se ha seguido ésta disparidad, respecto de a qué edad considerar como sujeto de derecho penal a la persona.

Sin embargo la tendencia federal ha sido muy clara en el sentido de que es a partir de los 18 años. Pero ésto, representaría innumerables problemas el crear un régimen especial de responsabilidad penal para los menores de dieciocho años, es decir, para la gente que tenga 16 años en adelante, diverso de los principios generales en materia de

<sup>225</sup> Disertación en el "Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

administración, de procuración de justicia, de sujeto de derecho penal, que existen y que están vigentes en nuestro país, y que a su vez continuarán vigentes para todo lo que no fuera materia de delincuencia organizada. Esto es, solamente para los crímenes más atroces, para los crímenes de mayor capacidad, el sujeto sería en todo caso sujeto de la ley penal a partir de los dieciséis años, y para los restantes, para aquellos problemas que constantemente han sido denunciados, y que son en donde la frecuencia de participación de los jóvenes de dieciséis años se da de una mayor manera, como es el homicidio, las violaciones y demás, seguiría recibiendo un mismo tratamiento.

Se ha denunciado constantemente que los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito, reconocido, y adoptado, contemplan un deber del Estado mexicano de proteger y respetar a los menores de edad, o más bien a los niños. Y esto lo podemos claramente entrever a partir de lo que declara el principio número 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual establece que el Estado que asuma el compromiso de ratificar esa declaración asume a su vez el compromiso de otorgar a los niños los medios para que puedan desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Y no obstante que los esfuerzos que a la fecha ha realizado nuestro gobierno, no han surtido los efectos esperados, continúa señalando el citado jurista, dado lo limitado de los mismos, por lo que se proveería ahora, a partir del texto de la reforma, a una persona de 16 años, la posibilidad de poder compartir, durante el tiempo de su reclusión, un espacio en cualquiera de los más distinguidos centros de reclusión o penitenciarias del país, a donde van los criminales organizados, o de alta criminalidad, lo cual acarrearía a la larga, seguramente, un problema serio de perspectiva social, en virtud de los vicios y los traumas que recibiría esta persona, transcurrida una larga condena, mayor de cinco años. Por lo que sería irónico pretender considerar que saldría readaptado socialmente, dadas las actuales condiciones en que se encuentra el sistema penitenciario en nuestro país. Por lo que el **Dr. Raúl Plascencia Villanueva**, considera más conveniente que el Estado Mexicano medite

como afrontar su responsabilidad social y los compromisos internacionales que se refieren a los menores, y no tratar, en todo caso, de generar delincuentes.

Así las cosas, resulta sumamente delicada la intención del legislador para hacer penalmente responsables a personas menores de dieciocho años. Pues es clara la opinión sostenida por la doctrina mexicana, y por la doctrina internacional, que la manera más absurda de poder hacer sujetos de derecho penal a las personas es hablando del paso del tiempo, o más bien de los años que tenga una persona. Pues sería más razonable haber tomado otros mecanismos para hacer sujetos de derecho penal a las personas, y no simplemente hablar de reducir la edad a los dieciséis años, pues entonces se correría el riesgo de que hoy sea suficiente disminuir la edad a los dieciséis años y quizá en dos o tres años tengamos que volver a hacer una reforma para que sea a los trece o catorce años.

Añadiendo **Dr. Raúl Plascencia Villanueva**, cita que se establece la posibilidad, y de hecho la iniciativa contempla una restricción de las garantías constitucionales. La iniciativa pretende restringir el goce de las garantías constitucionales a las cuales tiene derecho todo individuo que se encuentra en territorio mexicano, lo cual se traduce en una molestia adicional a la que sufre la sociedad mexicana por los márgenes tan amplios de impunidad que existen, los cuales provocan a su vez violaciones constantes, cuando no cotidianas, de las garantías individuales y derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, muy generosamente, la iniciativa contempla en la exposición de motivos que a fin de evitar la continuidad de dicha circunstancia, a efecto de evitar que se sigan violando las garantías individuales y los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre en nuestro país, propone la restricción del goce de garantías. Situación sumamente interesante: para que no se violen reducimos. Solicitando además su sacrificio adicional a todos los mexicanos, situación que nos parece que raya en el exceso, pues al parecer no resulta suficiente el clima de impunidad y de corrupción que padecen actualmente las instituciones en nuestro país, sino que es necesario, para evitar los excesos y abatir la delincuencia, limitar derechos tales como la presunción de inocencia, el derecho

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 º y 7 º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

a la vida privada y la seguridad pública, entre otros- yo agregaría el derecho de los menores a ser sujetos de instituciones especiales para el tratamiento de sus infracciones a las leyes penales-. Formula seguida por los regímenes políticos autoritarios, los cuales constantemente manifiestan que no existe manera más difícil de gobernar un país que estando en presencia de una Constitución, y por ende se empeñan en modificarla por la práctica imposibilidad de desaparecerla.

Por cuanto hace a la edad para ser sujeto de derecho procesal penal, refiere el Maestro **Marcos Castillejos Escobar**,<sup>326</sup> -debe destacarse que- la inimputabilidad no está en relación con el aspecto cronológico, e inclusive la doctrina señala que la misma está en relación con la salud mental, con la capacidad de comprender el significado del hecho o de conducirse de acuerdo con tal comprensión; en tanto que el sujeto no padezca un trastorno mental o un retraso intelectual; por lo que si el menor de 18 años no se encuentra dentro de éstas hipótesis, por no existir impedimento de derecho positivo, le podemos llamar imputable. De acuerdo a la Constitución no hay edad mínima ni máxima para ser sujeto activo del delito, pero el artículo 18 habla de menores infractores, así como se tutela el derecho a la salud del menor - en el artículo 4º-; sin embargo cuando se ha referido al aspecto cronológico lo hace con respecto a ser ciudadano, Diputado, Senador, Presidente de la República, Asambleísta, Ministro, Secretario de Estado, Magistrado, Pero no ha considerado el legislador, mencionar una determinada edad para ser sujeto de derecho procesal penal.

Cabe agregar a lo referido por el **Lic. Marcos Castillejos Escobar**, con relación al artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño, en su inciso B, que dice: "Ningun niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso". Llevarlos al proceso penal es una medida de último recurso; debiéndose entender claramente, llevarlos al derecho procesal penal y no al

<sup>326</sup> Disertación en el "Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

derecho penal, porque el menor no ha salido del derecho penal, ante lo cual conocerá el Consejo de Menores de sus infracciones a la Ley Penal, realizadas en este momento por menores de dieciocho años.

Razonamiento este último con el que coincide, ya que debe tomarse en cuenta que, primero la Ley para Tratamiento de Menores Infractores, por su carácter previsor de procedimientos de enjuiciamiento y tratamientos, denominación esta última dada en lugar de penas y/o sanciones a que se refiere el Código Penal, es eminentemente un ordenamiento jurídico de carácter penal, por lo que no puede decirse que los menores están fuera del derecho penal, pero sí que son sujetos de un trato y medidas diversas a las aplicadas a las personas mayores de dieciocho años.

No refiero inimputabilidad, porque el grado de querer y comprender el carácter ilícito de una conducta desplegada por una persona, no puede ser medido en base a su edad cronológica, sino que se trata de un aspecto indudablemente psicobiológico, en los que intervienen diversos factores personales de cada individuo, influenciados con el medio, cultura y sociedad en la que se desenvuelve.

De tal razón que, podemos señalar que los menores no son inimputables, pues este término atendiendo a nuestra legislación, corresponde a afectaciones de índole patológicas, a saber, trastorno mental,<sup>327</sup> más no un problema cronológico, cabe hacer la excepción de los menores, de acuerdo a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores,<sup>328</sup> de once años, que no son considerados sujetos de reprochabilidad de su actuar, debido que no existe la presunción de su conocimiento consciente de su actuar para conducirse de acuerdo a su voluntad, pero tampoco por ello son inimputables.

Pero los sujetos de entre once y dieciocho años de edad, son sujetos que independientemente de no ser inimputables, sino todo lo contrario, por aspectos sociales,

<sup>327</sup> Cfr. Fracción VI del Artículo 15 del C.P.

<sup>328</sup> Cfr. Artículo 6° de la L. T. M. I.

médicos, psicológicos y de política criminal, son considerados como inmaduros en cuanto a su decisión volitiva, para conducir con tal carácter su actuar, por ello, y ante la presencia de que se encuentran en una etapa formativa, y como medida preventiva, es aquí la yaga que hay que atender, cuando cometen una conducta señalada como delitos por el Código Penal, no señalo leyes penales, por la consideración antes expresada de que el tratamiento y enjuiciamiento de los menores es regido por una ley penal, se atiendan de forma diversa y especial, con la finalidad de lograr su readaptación a la sociedad. Evitando con ello el surgimiento a futuro de un delincuente potencialmente peligroso. Por ello es que, radica la importancia de un eficaz medio de tratamiento y medidas preventivas en apoyo de los menores infractores.

Pues es de vital trascendencia, la tarea que tenemos frente a nosotros, y que debe urgentemente ser atendida por parte del Estado, de la sociedad en su conjunto y muy en especial por los profesionistas en derecho, luchar porque los niños en etapa de desarrollo obtengan todos aquellos valores necesarios y vitales para su formación; que sí bien es cierto muchos de ellos son introducidos dentro del núcleo familiar y escolar, parecen haberse descuidado, así tampoco debemos olvidar a la sociedad, pues en ésta es en la que debe desenvolverse su actuar y convivencia el ser humano. El tal razón, como podríamos hablar actualmente de buscar una readaptación social de los menores infractores, cuando nunca se hizo algo por adaptarlos, pues de haber sido así, muy difícilmente hubieran infringido la ley.

Con respecto al tema el Maestro **Estuardo Mario Bermúdez Molina**,<sup>129</sup> quien respalda la Iniciativa de Ley en análisis, realiza la siguiente interrogante: ¿Porqué pretende el proyecto tener por suficiente el proceso de maduración a los 16 años para hacerlo penalmente responsable?. Y como respuesta, refiere, que no hay que olvidar dos cosas, primero que el proyecto no modifica el límite de edad para los efectos de derecho penal, sino sólo para los delitos que se cometen en el contexto de delincuencia organizada, -¿Qué

<sup>129</sup> Disertación en el "Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

en todo caso no es lo mismo?. Y ello en estricta obediencia al designio de no convertirse en medio para introducir reformas a la legislación ordinaria general. Y en segundo lugar, el derecho penal aún en el acotado dominio de la delincuencia organizada no impone responsabilidad plena a los 16 años, sino a los 18 años, que es la edad que en México se pasa a ser imputable. Lo que es innovador que a este respecto la iniciativa de ley ofrece, es una responsabilidad disminuida, no a la mitad, como podría superficialmente leerse, sino hasta la mitad que no es lo mismo, porque se autoriza un quantum concreto que puede ser considerable inferior a la mitad, para quienes delinquen teniendo entre dieciséis y dieciocho años de edad. Dicho en otros términos, el menor emerge a una responsabilidad penal no plena, sino disminuida, dos años antes de lo que a ella surgiría hasta ahora.

Ahora veamos el señalamiento que respecto al artículo 4° de la Iniciativa de Ley en análisis, realizó el **Dr. Raúl Carrancá y Rivas**,<sup>330</sup> quien consideró que la responsabilidad penal no se debe, ni se puede atomizar. Si se sostiene que se trata de disminuir la edad de responsabilidad penal para sólo ciertos casos, se está cayendo desde el punto de vista lógico, en un solisma o en paralogismo, -razonamiento falso con la intención de inducir al error.

¿Cómo es posible que se sea responsable a partir de determinada edad para casarse, para votar, para ejercer derechos políticos, y no lo así en el área de la criminalidad?

La responsabilidad no se puede atomizar. La responsabilidad es general o no es general, es global o no es global. Si se es solamente responsable, porque así lo establece la ley, a partir, por ejemplo, de los dieciocho años para casarse, para votar y en lo que ataca a la imputabilidad de orden y de condición penal, está bien, porque lo es para todo. Pero, si solamente se es para un área, contradice la evolución psicológica de los individuos, no guarda la menor relación política.

---

<sup>330</sup> Idem.

Tal como ha surgido una frase entre los grupos opositores a la disminución de la edad penal, que a saber reza: "No se vale votar a los dieciocho e ir al bote a los dieciséis".

Y en relación a la redacción de los artículos 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, refiere el jurista antes referido, señala la disminución de la penalidad, y refiere que la pregunta lógica y elemental es ¿son iguales o no son iguales? Si se es responsable a partir de los dieciocho, de los diecisiete, o de los dieciséis años, pero llegado el caso se impone la mitad de la pena; entonces, no se es tan responsable como el adulto, por lo que se está cayendo en una aberrante contradicción. Asimismo, de ninguna manera es creíble de que, porque el reloj da o suena las doce campanadas automáticamente se sea una persona responsable.

Bien cierto el razonamiento expresado, pues en términos legales, si se trata de disminuir la edad penal con respecto a un cierto número de sujetos, por circunstancias especiales, entonces es para considerarlos imputables penalmente, entonces deben de ser tratados de igual forma que aquellos que cuenta con la edad de dieciocho años, sin diferencia alguna, cosa que no se prevé así, sino que como lo mencionamos con antelación, se crea un tipo especial y nuevo de delincentes, que son imputables penalmente, pero no sujetos de reprochabilidad y sanción como delincentes, sino de una sanción disminuida, hasta una mitad de las que le pudiere corresponder por la comisión de un delito bajo la circunstancia de delincuencia organizada.

Continúa expresando el **Dr. Carrancá Y Rivas**. Hay personas responsables desde muy tierna edad; las hay que adquieren la responsabilidad, que se traduce en el área penal en la palabra imputabilidad, a edad más avanzada o cuando ya la vida a transcurrido demasiado en el elemento del tiempo. Todos creemos que lo trascendente en este terreno es la que hemos calificado de imputabilidad indeterminada, y que la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal con tono muy acucioso, y que merece aplauso, llama "imputabilidad casuística", de acuerdo con cada caso una solución.

Esta tesis de la "imputabilidad casuística", referida por el citado jurista, en especial, propone una reestructuración del derecho penal para menores, que limite la edad para imputabilidad no sólo en años cumplidos, sino que considere a los menores casuísticamente, en función de su capacidad de querer y entender, por la gravedad del delito y la reincidencia en las mismas conductas, la imputabilidad en relación directa a la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, de autodeterminarse y de actuar de acuerdo a esas comprensiones.

Y concluye refiriendo, se trata de un anteproyecto de Ley absolutamente de corte autoritario, totalitario, dictatorial, e incluso de corte -metafóricamente hablando- fechista, sufriendo de principios esenciales de la dignidad. Porque entendemos que hay que luchar contra la delincuencia organizada, entendemos que es un mal mayor como el del narcotráfico, que está minando el sistema cerebral y vertebral de nuestro cuerpo social. Pero no por ello, vamos a determinar la edad hasta el grado de sacrificio y de enviar a los jóvenes a esas cárceles que, como dijera en buenos tiempos el Doctor Quiroz Cuarón, "son verdaderos templos y catedrales del crimen."

Por último, consideraremos lo expresado por el **Dr. Jaime Miguel Moreno Garavilla**,<sup>111</sup> quien señala que la seguridad pública tiene tres objetivos centrales: el primero de ellos es salvaguardar el orden público, teniendo como segundo el proteger la integridad de las personas y un tercero, que es el de proteger sus bienes.

Como estrategia para alcanzar y cristalizar estos objetivos, se contempla la prevención que va desde la adecuada y eficaz política de desarrollo social, hasta una política eficaz, educativa y de información en la ciudadanía, que permita capacitarles adecuadamente para disuadir la comisión del delito.

---

<sup>111</sup> Disertación en el "Módulo de Análisis" de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes", referido en la nota 297.

Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Una segunda estrategia fundamental es precisamente la persecución del delito a partir de la infracción a las normas legales y reglamentarias; y una tercera estrategia es precisamente el lograr la reinserción social del delincuente y del menor infractor.

Ahora bien, continuando con la línea de análisis de las diversas expresiones que con respecto a la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se han dado, consideremos lo relativo al Comité Contra la Reducción de la Edad Penal (CCREP),<sup>332</sup> institución no gubernamental especializada en hacer un frente el defensa del menor, quien refiere que frente a la propuesta del Ejecutivo en análisis, bajo el argumento de que la impunidad de los menores infractores ha provocado un incremento en la delincuencia, es preciso hacer las siguientes consideraciones:

I.- No existe un incremento del número de menores infractores, la cifras de la Secretaría de Gobernación se ha mantenido en los últimos tres años, respecto a los menores que ingresan a la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores.

II.- Los delitos graves cometidos por menores infractores de edad son mínimos, prevalecen en un setenta por ciento los robos ligados a la marginación y la pobreza, y un tres por ciento el homicidio, el de contra la salud y las violaciones.

III.- Los menores infractores no son impunes, en México, son internados y sancionado por su conducta. Los procedimientos y la forma de sanción son diferentes a los establecidos para los adultos, porque se encuentran en un periodo formativo, que los hace más vulnerables, pero también con mayores posibilidades de modificar sus actitudes.

Este trato diferenciado fue establecido en Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores en 1985 y es aplicado en la mayoría de los países. Y cita el artículo 1º de la Convención Internacional de los Derechos

<sup>332</sup> Desplegado dirigido a la opinión pública, de fecha 9 de Abril de 1996.

del Niño firmada y ratificada por México en 1990, en el que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años.

IV.- Sancionar a los menores como si fueran adultos, incrementando considerablemente las penas, y recluyéndolo en las cárceles para menores no es la solución al problema de la delincuencia.

Considero al respecto que, el aumento del tiempo de reclusión no ha demostrado ser una medida eficaz para la reducción de los delitos. Por el contrario las conductas ilícitas de los menores se agravarían al ser contaminados por el sistema penitenciario, dada la corrupción y las prácticas delictivas que prevalecen en ellos. También serían fáciles presas de abusos y maltratos por parte de los adultos.

V.- Atención adecuada para los menores infractores y homologación de la edad penal.

No se trata de que las prácticas delictivas de los menores queden impunes, sino de que sean sancionados tomando en cuenta su condición de menor, con justicia y pleno respeto a sus derechos humanos, en instituciones adecuadas que coadyuven verdaderamente a su recuperación. Para ello se requiere una reforma legal que homologue en todo el país la edad mínima de 11 años y máxima de 18 años para ser sancionado, que establezca además un adecuado y específico sistema de justicia para menores infractores, estas y otras medidas más deben ser parte de la reforma que retome los principios y los planteamientos más avanzados de la legislación internacional y garantice los derechos humanos de los menores; y

VI.- Política integral de atención a los menores y los jóvenes. El compromiso del gobierno, de los legisladores y de la sociedad debe ser a favor de una política integral con propuestas específicas para atender las necesidades de empleo, capacitación, educación, salud y participación de los jóvenes. Ampliar sus posibilidades de desarrollo es la mejor

manera de prevenir el delito, la problemática de los jóvenes no debe reducirse al aspecto judicial y penal, es injusto solo acordarse de ellos cuando se trata de castigarlos.

Por lo que en forma concreta, y atendiendo a las anteriores consideraciones, debemos ser conscientes de que reducir la edad para la responsabilidad penal, así sea para unos cuantos delitos, en circunstancias determinadas, no va a reducir la delincuencia, pero sí, muy probablemente, las pocas oportunidades que hoy les brindan las instituciones a los menores para conducirse conforme a derecho.

Enviar a menores, de entre dieciséis y dieciocho años de edad, a las prisiones para adultos no solo sería exponerlos a todo tipo de abusos sino conseguir los efectos menores deseados, cancelar sus oportunidades de vida y multiplicar los costos sociales. No estamos proponiendo el que por el hecho de ser menores no se deba sancionar su actuar, sino que, como a cualquier personas que infrinja las leyes, debe sancionarse, sólo que de manera justa, digna y proporcional, procurando ofrecerles aquellos elementos formativos que permitan evitar que vuelvan a cometer una nueva infracción. Y se debe tratarlos de esta manera, no sólo porque así lo establecen las leyes y los tratados internacionales que México ha suscrito en materia de menores, entre los que destacan, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, etc., sino, y sobre todo, porque esta es la única manera en que podemos estar en condiciones de pedirles que ellos también se sometan a las normas.<sup>311</sup>

Debemos tener en cuenta que quienes sostienen que debe reducirse la edad penal, argumentan que los jóvenes actualmente maduran demasiado rápido, y comprenden el alcance de sus actos, además de formar parte de grupos delincuenciales. Sin embargo, no consideran que los adolescentes se encuentran en etapa de maduración orgánica, psicológica y social, sujetos a un proceso de socialización a través del cual irán adquiriendo las normas y valores a los que se ajustarán su conducta social; por lo tanto, todavía no han alcanzado la

---

<sup>311</sup> Consideraciones emitidas por Elena Azaola G., especialista en materia de menores infractores.

plena organización de su personalidad para estar en condiciones de un comportamiento que les pueda ser plenamente atribuido.

Al respecto el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en América Latina, recomienda considerar violatorio de los derechos humanos el someter a los adolescentes a la plena responsabilidad de los adultos, ya que a la luz de cualquier teoría psicológica todavía son personalidades en formación.

Habría que agregar a lo anterior que, la idea de que los jóvenes en la actualidad logren más rápidamente la capacidad de discernir se debe: 1) a una mayor comunicación masiva, de todos los medios, que influyen en la formación de ideales en los niños, criticados actualmente por sus expresiones de violencia, sexo y consumo de drogas ilícitas; y 2) así como a un conformismo y consentimiento de hábitos no aceptados por los costumbrismos sociales, traducido en una mayor libertad de los menores para hacer o no lo que comúnmente se veía en las familias de décadas pasadas.

Pero debo hacer la aclaración que la maduración del menor no depende del bombardeo de información masiva, sino que en esta influyen una multiplicidad de factores como la nutrición, patológicas, congénitas, estímulos sensoriales, relaciones sociales y afectivas, etcétera; y que en todo caso la información proyectada por los medios de comunicación, en forma irresponsable y manipulada, resultan elementos perjudiciales para la socialización del niño y el joven. Para su adaptación, y en esto incumbe la responsabilidad del Estado, medios de comunicación, instituciones educativas, y a la sociedad por su omisivo comportamiento que facilita su aceptación de la información en los niños y jóvenes del país.

Y agregaría que, padecemos un fuerte problema de identidad, que hay que profundizar y sacar a flote en la cultura de los mexicanos, tenemos principios, costumbres, ideales, que no obstante de irse irremediablemente sepultando con el paso del tiempo, debemos hacer todo lo posible por evitarlo, debemos educar niños mexicanos, no niños

"fíteres", manipulados por los medios de comunicación que a toda costa tratan de implantar costumbres liberales reflejadas en sociedades anglosajonas, sin principios, ni cultura, ni ideales. Llenas de prostitución, abuso de drogas ilícitas, desintegración de núcleos familiares, anarquismo, etcétera. Por el contrario, tenemos la responsabilidad de sembrar la seguridad en nuestros niños y jóvenes de que México es un país con bases, costumbres, cultura, historia, principios, idioma propio, que nos caracterizan de las demás sociedades a nivel mundial, y de ellas deben sentirse orgullosos, para que tengan la disposición de crecer y educarse en beneficio de su patria, sin el deseo de aceptar prototipos que no son nuestros.

Mientras se suscitan los argumentos antes vertidos, que hemos ya rechazado, cabe hacer la apreciación real de que, además los jóvenes que cometen infracciones o conductas antisociales muestran generalmente grandes limitaciones intelectuales, culturales y educativas, con independencia de la cantidad de información deplorable. Y el problema de que los menores lleguen al Consejo de Menores, deriva culpa en parte de la irresponsabilidad de sus obligaciones que en los últimos años han reflejado los núcleos familiares, otorgando mayor libertinaje diría yo, que sobre pasa a la libertad benéfica que propicia la independencia decisiva de un sujeto, y que no ayudan a la maduración, así de aquellos sujetos provenientes de familias desintegradas, arrasadas por la miseria, el hambre, con falta de oportunidades de superación, o lo más importante de subsistir, con bajo nivel educativo y cultural, y en menor escala de núcleos que no padecen los fenómenos señalados, mas sin embargo provienen de células familiares desintegrados, y que por consecuencia es el camino del abandono e incluso del franco rechazo, que no es precisamente el que puede conducir al menor a lograr más pronto la maduración psicosocial.

Con el fin de proporcionar una mejor visión de nuestro tema, corresponde analizar ahora, en forma particular los referente a la imputabilidad de los menores, que de acuerdo al objeto del presente trabajo se han expresado, no obstante de que en líneas anteriores hemos señalado nuestra postura, también es que en a continuación plasmaremos algunas propuestas que al respecto se ha brindado por destacados juristas.

De tal virtud, es menester empezar señalando que, la doctrina tradicional ha sostenido, en términos generales, que la imputabilidad es una capacidad de entender y de querer -teoría italiana-, o bien, una capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y actuar conforme a esa comprensión -teoría alemana. Por tales concepciones, se considera que, los menores, indiscriminadamente, son inimputables en virtud de carecer de la citada capacidad.

Es importante hacer notar, en primer lugar que, en el derecho mexicano no existe norma penal ni norma jurídica de otra naturaleza que estipulen la inimputabilidad de las personas menores de dieciocho años, sino que se trata de una apreciación doctrinaria. En segundo lugar, es importante señalar que, de acuerdo con los conceptos tradicionales sobre la imputabilidad y aun si se toman en cuenta otros conceptos más modernos, y posiblemente mas acertados desde el punto de vista psicobiológico, no se puede concluir que los menores de dieciocho años sea inimputables.

Por lo que, señala la **Maestra Olga Isabel de González Mariscal**,<sup>114</sup> "aún que se acepte que la mayoría de la edad penal se adquiere a los dieciocho años, ello no implica aceptar que las personas menores de edad sean incapaces o inimputables. No es racional pensar que la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión se adquiera o se pierda por decreto o por disposición legislativa. Una persona no puede ser inimputable a los diecisiete años once meses y veintinueve días, y veinticuatro horas después convertirse, como por arte de magia, en un ser plenamente capaz, es decir, plenamente imputable. **Raúl Zaffaroni**, llevando hasta el absurdo la tesis, dice que, de admitirse el criterio dominante en la doctrina, que presume (presunción *juris et de jure*) la inimputabilidad de los menores, tal inimputabilidad no debe entenderse como una presunción, sino como una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede que un menor, después de su cumpleaños, amenace con capacidad de culpabilidad."

<sup>114</sup> "Derechos de la Niñez" Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G; Estudios Doctrinales, número 126. Primera Edición, México, 1990, págs. 144 a 146

Y continúa agregando la Maestra. "El grupo de personas mayores de dieciocho años no es homogéneo, en el que todos, por el simple hecho de contar con dicha edad, son capaces, maduros y sensatos, sino por el contrario, es un universo heterogéneo de personas diferentes en cuanto a la capacidad de comprender la ilicitud y, sobre todo, en lo referente a la capacidad de actuar conforme a esa comprensión."

Y concluye diciendo, "la imputabilidad del menor, al igual que la del mayor, debe ser determinada, en cada caso particular, por médicos especialista en la materia, criminólogos. Parece lógico pensar que en esta calificación médica y especialmente en el caso de los menores es importante la correspondencia entre la edad biológica y la edad mental. **Maurach** afirma que en relación a los menores no debe emplearse la expresión "inimputabilidad", en virtud de que se refiere a perturbaciones de índole patológicas."

Por cuanto hace a los menores de once años de edad, conforme a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores,<sup>315</sup> independiente de la falta de homogeneidad entre las legislaciones locales con la federal, no hay duda de que por su falta de desarrollo psicobiológico, no se les considere imputables, aunque realicen conductas antisociales, pero sólo en cuanto queden exentos de responsabilidad; para ser más preciso no ser considerados sujetos de derecho penal. Cabe hacer mención que, habría quien estuviera en contra de la presente postura, señalando que doctrinalmente se analiza este punto de una manera, pero en la realidad, en otros países, se han presentado crímenes de gran impacto para la sociedad, que van en contra de los bienes jurídicamente tutelados por las normas penales, pero debemos tener en cuenta primordialmente la atención especial y de prevención en México, para evitar la influencia en nuestros niños de esos fenómenos, de acuerdo a la cultura e idiosinerasia, tanto de mayorías como de las minorías, de nuestro pueblo.

**Don Sergio García Ramírez,**<sup>316</sup> refiere que la imputabilidad consiste, en una doble capacidad, la de entender el carácter ilícito, ético o jurídico, de la conducta y la de

<sup>315</sup> Cfr. Artículo 6º de la L. I.M.I.

<sup>316</sup> "Memoria del Foro: Análisis y Seguimiento de las Acciones en Favor de la Niñez después de la Cumbre de la Infancia" Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comunicación Cultural, A. C., México, 1992, págs. 86 y 87

conducirse de acuerdo con esa comprensión. Así las cosas, la imputabilidad es, en rigor, una cuestión personal, que ha de ponderarse en el caso concreto, individuo por individuo, lo contrario implica una ficción. Esto es lo que ocurre cuando se afirma que son inimputables los menores de cierta edad.

Si se excluye a los menores del Derecho Penal no es porque sean inimputables, enfermos mentales o subastados intelectuales, sino porque la sociedad y el Estado consideran que deben ser sujetos de otro Derecho, porque así conviene desde el amplio punto de vista de la justicia y de la ventaja social. Se trata de una consideración política social, y no psicológica clínica. A partir del Código Penal de 1931, se determinó la aceptación en la República de las fronteras cronológicas de los dieciocho años, pero se ha presentado una tendencia diferente, a disminuir esa edad, generalmente a dieciséis años. Los partidarios de esta medida errónea, no han aclarado qué virtudes tiene el proceso penal que no tenga el procedimiento correccional, o cuales son los méritos que posee la cárcel que no posean las medidas más benévolas, empleadas con los menores, y que hagan deseable y potencialmente exitosa la vuelta a los menores al mundo del Derecho Penal. Sería preciso razonar escrupulosamente el retorno al pasado y las excelencias que hoy podrían tener las antiguas y fallidas medidas autoritarias. Por lo pronto, la experiencia histórica les es adversa.

Y agrega Sergio García Ramírez, que es explicable el movimiento de opinión tendiente a reducir la edad de imputabilidad, consecuencia de problemas crecientes de inseguridad pública, en los que menores de edad, de entre quince y dieciocho años, figuran de manera importante, este hecho aunado a la consideración, difícilmente controvertible, de que las condiciones de la vida moderna permiten a los jóvenes un conocimiento más temprano de la licitud o ilicitud de su conducta influye para que la edad de imputabilidad penal se reduzca.

Continuando el citado jurista refiere que, esta penalización de la conducta implicaría una gran carga de trabajo para los servicios de justicia, y repercutiría en la ya agobiante

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

sobrepopulación de las prisiones. Además de que cabe preguntar si, ¿la disminución de la edad penal de dieciocho a dieciséis años, a contribuido a prevenir o a reducir la delincuencia en las entidades que la han admitido?

Y propone, atendiendo a necesidades claras de satisfacer la defensa social, contra o frente a conducta ilícitas graves perpetradas por menores que revelan un alto grado de peligrosidad, sin crear problemas aún más severos de los que se trata de resolver, el "sistema de imputabilidad condicionada", por excepción, sin abandono de la inimputabilidad a los dieciocho años como regla. En tal razón que, continuarían conociendo de las conductas delictivas, infractoras o peligrosas de menores de 18 años, los órganos tutelares que actualmente intervienen, no los tribunales penales. Siendo estos órganos tutelares los depositarios de la atribución de turnar al conocimiento de los órganos comunes, cuando resultase procedente, para el juzgamiento ordinario y aplicación de las penas respectivas. Por otra parte, este régimen permitiría resolver el problema que se presenta cuando el menor alcanza la mayoría de edad y se halla todavía sujeto a conocimiento por parte del consejo tutelar o tratamiento dispuesto por este, que no debe cesar.

Dentro de la Cumbre Mundial de la Infancia, realizada en septiembre de 1990, se destacó primordialmente de las reglas que representan las garantías mínimas aceptadas por la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de los delincuentes juveniles en todo sistema, que la mayoría de edad se fijaría tomando en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual, entre otros, ya que la edad mínima para efectos de responsabilidad penal varía considerablemente, en función de factores históricos y culturales.

Finalmente es preciso considerar que, la reducción a la edad penal, prevista como caso de excepción en los artículos 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, consistiría una flagrante violación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en concreto a los derechos de los menores y, consecuentemente el incumplimiento de Tratados o Convenios Internacionales ratificados

Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 77 de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

por el gobierno mexicano, y que conforme al artículo 133 constitucional son obligatorios con carácter de ley fundamental, al igual que la Constitución. Mismos que a continuación analizaremos:

Es primordialmente un atentado al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pues el dicho precepto en su párrafo cuarto, que la Federación y los gobiernos de los Estados, deberán establecer instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores,<sup>317</sup> pero ¿que debemos entender por "instituciones"? el Maestro **Sergio García Ramírez**,<sup>318</sup> refiere que una lectura trivial al citado párrafo, hace suponer que se está refiriendo a "establecimientos", es decir a lugares de internamiento o reclusión. Si bien es cierto que, otras porciones del mismo precepto se alude a sitios para el cumplimiento de la pena de prisión o el alojamiento en prisión preventiva, también cierto es que, se hace referencia a nociones mucho más generales y penetrantes, como es la del "sistema penal". Así pues, las prisiones no son el único asunto a tratar por la norma en cita. Si el legislador sólo hubiera querido instituir "cárceles para niños", tal vez habría agregado una mención en el segundo párrafo, hasta integrar el elenco de los reclusos: hombres, mujeres y menores de edad, todos ellos subordinados al propósito de "readaptación social", sin la necesidad de una redundante invocación del tratamiento.

Por lo anterior, continúa señalando el citado jurista, es preciso desentrañar el verdadero sentido en que se pronuncia el artículo 18 Constitucional, es decir, lo que en realidad estaba requiriendo y necesitando, como bases para un ordenamiento jurídico diferente, con su catálogo propio de conceptos y figuras. En tal sentido que, hablar de "instituciones" no es una manera distinta de aludir a "prisiones" o "internados", sino una forma de convocar aquéllas en el amplio sentido jurídico de la expresión. De tal forma que,

<sup>317</sup> Cfr. Artículo 18 de la C.P.F.U.M.

<sup>318</sup> "Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores", Diagnóstico y propuestas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie I. Cuadernos del Instituto, el Varón, número 1. Primera Edición, México, 1996, págs. 204 y 205

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

quedan comprendidas las instituciones de un derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo propio, y no apenas los ecos del derecho penal de adultos, reducido a la escala física de los menores.

Por lo que indudablemente, consiste una flagrante violación al derecho de todo menor a ser tratado mediante instituciones especiales en su manejo, que le proporcionen apoyo psicológico, jurídico, educacional, familiar, de un sistema de menores infractores justo y equitativo, que será competente para conocer de las infracciones cometidas por el menor, señaladas como delitos en los Códigos Punitivos, en base a sus especiales características de desarrollo psicobiológico y etapa de absorción de conocimientos y experiencias.

Precepto constitucional, que fue expedido atendiendo a las necesidades sociales exigidas por la nación mexicana, el beneficio y defensa de sus niños y jóvenes, y que hizo que se instituyera una política criminal, que en beneficio del menor, creara instituciones especiales para el tratamiento de menores que se encontrarán en momentos críticos de desadaptación social, y poderlos reintegrar como sujetos útiles a la sociedad. No para ser reprimidos, castigados, apartados de la sociedad como un mal canceroso, provocando únicamente el resentimiento por parte del menor al sistema orgánico y judicial del estado, y contra la sociedad en general. Por el trato que de delincuentes se les proporciona, y aun peor, discriminante, pues independientemente de que se disfrace el juicio de menores con terminología diversa a la de los mayores de edad, es sin lugar a duda es un juicio eminentemente criminal.

Pero ahora con mayor razón, se pretende quitarles a los menores el derecho a ser juzgados por instituciones especiales, para pasar a serlo por los órganos judiciales encargados de impartir justicia a delincuentes, y en tal virtud ingresarlos a los centros de prevención y ejecución correspondientes a esta esfera, olvidándose del trato especial de menores. Por el sólo hecho de haber participado o formar parte de una organización permanente, dedicada a la criminalidad, deberán de ser sancionados rigurosamente como un

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

criminal de alta peligrosidad, sujeto a la convivencia y humillación por parte de verdaderos delincuentes, con penas, aun que atenuadas, son severas, pues se trata de reclusión, sin oportunidad de obtener algún beneficio para purgar su pena de diversa forma que no sea la de privación de su libertad.

Y con ello, aunado a su etapa de desarrollo y madurez, emocional y psicobiológica, se daría la creación de delincuentes profesionales. Educados en la Universidad del Crimen, por maestros eméritos en conductas antisociales, que lesionan los bienes jurídicamente protegidos por la Ley. Que al salir de las prisiones, saldrían graduados y preparados para escalar los altos puestos de mando de las organizaciones criminales empleados a la delincuencia organizada.

Así también consistiría una violación al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que protege a la familia, a los menores y establece protección especial a la salud física y mental del menor.<sup>119</sup>

La Organización Mundial de la Salud define a la salud mental como el "Bienestar resultante del buen funcionamiento cognoscitivo, afectivo y conductual y el despliegue óptimo de las potencialidades individuales para la convivencia, para el trabajo y para la recreación". El derecho a la protección de la salud de los mexicanos se consagró como norma constitucional en el artículo 4°, el tres de febrero de 1983, teniendo como propósito prioritario, entre otros: "Lograr el bienestar físico y mental de los mexicanos, contribuyendo el Estado al ejercicio pleno de sus capacidades humanas".

Asimismo, la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, señala en su artículo 12, como objetivo de los servicios básicos del Sector Salud: "La promoción e impulso del sano crecimiento físico, mental y social de la niñez".

---

<sup>119</sup> Cfr. Artículo 4° de la C.P.E.U.M.

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4.º y 7.º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

Por tanto, es obligación del Estado, crear los medios necesarios para la protección de la salud psíquica y física de los menores. Y no en cambio, estar creando leyes de carácter especial, que con la finalidad de atacar un problema social de grandes magnitudes, sacrifique a sus niños y jóvenes, imponiéndoles medidas represivas, autoritarias, olvidándose de la política criminal preventiva. No es correcto, llegar y golpear, para después de hacerlo preguntar porque se hizo.

Deben de crearse los medios necesarios, tanto educativos, culturales, sociales, de empleo y oportunidades de superación en la niñez y juventud. Pues tan cierto es que, es muy difícil el que un menor pase a formar parte de una organización criminal con las características de delincuencia organizada, ya que de las estadísticas actuales se puede observar que, en cuanto a las infracciones penales, los menores las cometen por factores económicos o de aventura, y muy esporádicamente con fines eminentemente delictivos, que no conllevan fines eminentemente lucrativos, sino acaso de satisfacción de necesidades o de expresiones propias del proceso de desarrollo y adaptación social.

No estamos diciendo que sea imposible encontrar un menor que encuadrara en la conducta prevista por la Iniciativa de Ley impugnada, pero casi estamos seguros que esto se debería, más a ser un objeto o instrumento del delito, utilizado por delinquentes profesionales, que por propia convicción del menor, atendiendo a sus aspectos volitivo y cognoscitivo en desarrollo.

Mentiría se pretendiera establecer lo anterior como verdad absoluta, pero debe atenderse, no obstante de que los caracteres de comprensión de un hecho, valoración del mismo, y el querer en su actuar, varía entre los seres humanos, y que no es hasta la edad de dieciocho años en que se adquiere, sino algunas veces antes o después de esa edad, por principio de protección de menores, debe prevalecer esa edad como margen o división entre los sujetos de derecho penal para adultos y el tratamiento especial para menores infractores. Aunado a las consideraciones de orden internacional, que han expresado la unanimidad de esa consideración cronológica, para que un ser humano, sea sujeto penalmente responsable

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

de su actuar, y por ende de juicio de reproche eminentemente represivo, la de mayor de 18 años de edad; y de tratamiento especial, a los sujetos menores de ésta, considerados niños.

Entre otras violaciones podemos considerar, a las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las reglas de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de su Libertad, que afirman el derecho de los jóvenes de ser tratados con base en el principio de inocencia, y se sostienen que la privación de libertad debe ser el último recurso pues antes deben hacerse todos los esfuerzos para aplicar medidas alternativas y políticas, programas y acciones preventivas eficaces tendientes a eliminar que se vean involucrados y explotados los jóvenes en actividades criminales.

Así como a las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), que contemplan la creación de oportunidades, especialmente educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes estableciendo un marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular los que están en peligro o situaciones de riesgo social, debiendo formularse doctrinas y criterios cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de infracciones o las condiciones que las propicien. Establece, asimismo, la importancia de reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad, son, con frecuencia, parte del proceso de maduración y crecimiento. Por último, también parten de la necesidad de crear conciencia de que el calificar a los jóvenes como "extraviados" y "delinquentes", contribuye a que desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

Por último, a la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de 1989, que además de entender por niño a todo ser humano menor de 18 años, señala la obligación de todos los Estados parte de la Convención, de aplicar ésta a cada niño sujeto a su jurisdicción sin duda

**Inconstitucionalidad de los Arts. 4 y 7º de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

alguna, protegiendo, de injerencias arbitrarias o discriminatoria mediante la ley, a todos los niños. También se especifica que la privación de la libertad debe ser un último recurso y durante el periodo más breve que proceda, y considerarse otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

El gobierno mexicano tiene la obligación de cumplir con estas Convenciones Internacionales, pues ratificó también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que todo Estado parte de un tratado (acuerdo entre Estados se cual sea el nombre que se le otorgue), no puede suspender su aplicación, ni invocar el derecho interno en contrario una vez que se ha comprometido. Esto está señalado en los artículos 2, 26, 27, 29, 42 de dicha Convención.

Finalmente debemos señalar que, el problema de la reducción de la edad penal no es un problema exclusivamente jurídico, aunque de especial atención sí, pues involucra con sus efectos a seres humanos en formación y a quienes la sociedad debe de brindar mejores condiciones de vida, por tal es un problema social, político, cultural y jurídico.

Pues en caso de ser aprobada dicha Iniciativa de Ley federal Contra la Delincuencia Organizada en los términos analizados, daría lugar a la aplicación de una penalización rigurosa a los menores de edad que se adecuen a las hipótesis de "modus vivendi" de la comisión de los delitos perpetrados por empresas delictivas organizadas, al ser el menor de dieciocho y mayor de dieciséis años, considerado como un sujeto imputable de Derecho Penal, y por consecuencia recaerle un juicio de reproche por la transgresión a la norma penal y el quebrantamiento del Estado de Derecho; por consecuencia y en resumen, tendría las siguientes afectaciones:

Políticamente, ir en contra de los criterio internacionales de política criminal, y científicamente, al considerarse dentro de un margen generalizado la edad de dieciocho

**Inconstitucionalidad de los Art. 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

años como la más aproximada a la de imputabilidad en el ser humano, es decir, la valoración y posesión de los aspectos cognoscitivo y volitivo de la persona;

Socialmente, rasgar las una de las membranas más sensibles de nuestra sociedad, los menores de edad, su supresión, restricción e invasión dentro de sus ámbitos de desarrollo y desenvolvimiento juvenil, dando partida al crecimiento de delincuencia juvenil unido a otras males sociales, tales como la prostitución y drogadicción. Creando niños adultos, niños delincuentes, refugiados en la comisión de conductas antisociales para ocultar los traumas y carencias provocadas por el medio en que se desarrollaron, y que nunca fueron atendidos por la sociedad, incluyendo al Estado, por falta de responsabilidad. Es un flagrante ataque contra nuestra niñez, contra los individuos, que dependen del desarrollo, apoyo, interacción y planteamiento de oportunidades actuales, para representar en un futuro no muy lejano a nuestro país. No creo que se este de acuerdo en tener un México, con sus cárceles plagadas de niños delincuentes; y por último

Al sistema penitenciario, en donde se colaboraría indudablemente a la formación profesional de delincuentes juveniles al internarlos junto con delincuentes en forma, recluidos en los Reclusorios Preventivos y Penitenciarias, fin contrario al deseado por la sociedad, que es el de seguridad pública, una de las finalidades y justificación de la creación de dicha Iniciativa de Ley.

Por lo que podemos concluir, sin lugar a duda, que *los artículos 4° y 7° de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, son inconstitucionales, por atentar contra los principios fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, así como los Tratados Internacionales, considerados como Ley Suprema de toda la Unión.<sup>340</sup> Además de ser por sí misma dicha Iniciativa, el instrumento autoritario, represivo, discriminatorio y contrario a las demandas de la población, que exigen el combate a los altos índices de inseguridad jurídica, pero no por ello, sufrir la transgresión o privación de los derechos subjetivos que los protegen.

<sup>340</sup> Cfr. Artículo 133 de la CPEUM.

## CONCLUSIONES

Para finalizar el presente trabajo, realizaremos un listado de las consideraciones más relevantes analizadas dentro del mismo, que son las bases para obtener el resultado, que se marco como objetivo, pretendido, el señalar la inconstitucionalidad de los numerales 4º y 7º de la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, puesta a consideración de la Congreso de la Unión, dieciocho de marzo de 1996.

Tales señalamientos, que en carácter de conclusiones, los haremos de cada uno de los apartados tratados en los Capítulos precedentes, mismos que ha saber son:

**Primera.-** El Estado es la Institución Social por excelencia, conformada por un grupo de personas, que organizados como una colectividad establecen fines comunes para satisfacer unidos sus necesidades, objetivos perseguidos de manera independiente y autónoma a las de otros grupos, que además cuentan con rasgos y características propias que los hace diferentes de otras comunidades; asentado permanentemente sobre un territorio propio y definido; lugar y personas sobre las que existe un supremo poder, en el que la población a depositado su facultad soberana para que la represente frente a los demás Estados, poder que se ejerce en la institución denominada Gobierno, la cual se encarga de establecer los cuerpos normativos jurídicos que hacen posible la convivencia social de la comunidad, utilizando la fuerza coactiva para obtener el cumplimiento de su observancia.

**Segunda.-** Como elementos conformantes del estado consideramos: a) La Población. Comunidad humana, formada por todos los individuos asentados en un territorio determinado y bien definido, unidos entre sí, como una colectividad sobre la base

del interés general y común, que a través del tiempo por su convivencia han tomado rasgos y características similares entre sí que los hace diferentes de otros grupos sociales, con fines colectivos, organizados jurídicamente para concretar los ideales del Estado.

b) El Territorio. Elementos *sine cui non* se da la existencia del Estado, lugar físico en donde se establece y desenvuelve todas sus actividades, acrecentando de esta forma su grupo social. Conformar el espacio físico en el que se encuentra de manera definitiva sentada su población, delimitado por fronteras naturales y artificiales, así como extensión marítima, que cada uno de ellos ha determinado con el fin de defender su soberanía, ámbito en el cual ejerce su poder supremo el Estado; y

c) Poder. Supremo Poder soberano, el cual se encuentra depositado en el Gobierno, llamado también poder público. El Estado es una estructura organizada que tiene el poder soberano emanado de la población gobernada, ente de acción no estático, que garantiza una convivencia social ordena, mediante ordenamientos jurídicos, que hace cumplir su observancia mediante el uso de la fuerza, con el fin de alcanzar la paz y seguridad jurídica colectiva.

**Tercera.-** Por soberanía del Estado, debe entenderse como la facultad delegada por el pueblo, por representación, para ser protegidos en sus personas, patrimonio y libertad, respetándosele su espacio ficticio existencial del Estado, en sentido genérico, su territorio y población, y en consecuencia, sobre esa facultad delegada, no existe nadie más, es suprema.

**Cuarta.-** La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene los derechos subjetivos de toda persona que se encuentre en el territorio de la República Mexicana, para protegerla de los actos arbitrarios con que pudiesen actuar las autoridades estatales, con la finalidad de encontrar plena armonía y paz social. Debiendo, en tal sentido, respetarse los derechos de los gobernados por todo ente gubernamental que pueda ser señalado como autoridad responsable de acuerdo a las Ley Reglamentaria de los Artículo 103 y 107 de la Carta Magna, como medio de control constitucional.

**Quinta.-** Las Garantías Penales consagradas por nuestra Carta Fundamental, son del gozó de todo individuo que se encuentre en los Estados Unidos Mexicanos, las cuales no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la Carta Magna establece. La finalidad de las Garantías Individuales en Materia Penal, es la de salvaguardar y hacer vigentes los derechos sacros de que goza todo individuo, como son la vida, la libertad y su integridad física, protegiéndolo contra las arbitrariedades de las autoridades públicas, cuando éste ha cometido un delito; situación que en caso de no respetarse, el gobernado podrá instar en contra de dichas autoridades gubernamentales el Juicio de Amparo, que es el medio idóneo de Control Constitucional, que respalda su observancia y cumplimiento.

**Sexta.-** El Derecho Penal, es una rama del Derecho Público, conformada por un conjunto de normas jurídicas, dispositivas y/o prohibitivas, relativas a la determinación por parte del Legislador de los bienes jurídicamente tutelados por la Ley, así como a la aplicación de la facultad punitiva del Estado para sancionar a los sujetos que atentan contra los principios salvaguardados por la normas penales pertenecientes a la sociedad.

**Séptima.-** Las "normas", son el conjunto de reglas, encaminadas a un fin, que en la convivencia social, que por su uso reiterado, la colectividad, ha decretado de observancia obligatoria. Las "normas jurídicas", son el conjunto de reglas declaradas obligatorias en cuanto a su observancia por la colectividad, con el fin de mantener el orden y la paz social, en término de los ordenamientos jurídicos creados para tal efecto por el Estado. Normas jurídicas que se caracterizan por ser obligatorias, al imponer deberes y otorgar derechos, porque consignan en mandato imperativo; porque toda norma jurídica debe de contener un mandamiento de observancia general y estar respaldada por la sanción aplicable al infractor.

Señalando como caracteres esenciales de las normas jurídicas: la bilateralidad, la coercibilidad, su heteronomía y exterioridad.

La norma penal, es la regla jurídica, que intrínsecamente contiene un juicio valorativo de una conducta, descripción de un acto ilícito, fin subjetivo de prevención, e integrada una sanción para quien no la observe, razón por la cual es el presupuesto necesario para la existencia del delito, pues ésta es quien valorará la ilicitud del acto humano.

**Octava.-** Las "Normas Penales", se encuentran integradas por elementos, en sentido estricto, que ha saber son: a) Un precepto, externado en forma positiva cuando ordena la ejecución de una conducta, y negativa cuando contiene una prohibición; y b) Una sanción, reflejada en la punibilidad. En razón de que debe ir dirigida, para tener su objetividad, a un receptor, destinatario del derecho penal, que es todo aquél sujeto que sin distinción de ninguna especie, tiene la obligación de acatar y obedecer las leyes penales.

**Novena.-** El delito es una conducta que la sociedad considera contraria a sus valores, y por esa razón la reprime imponiendo una sanción, que debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales. El delito es un fenómeno conatural a la sociedad, ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente mientras la humanidad sea humanidad el mismo no se erradique por completo. Conducta positiva o negativa encaminada a infringir la norma penal, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicamente tutelados por la misma, y por tal virtud va a ser sancionada.

**Décima.-** El delito, por tanto es una conducta, típicamente antijurídica, y culpable. Entendiéndose que para efecto de considerar a un sujeto culpable de la comisión de una conducta típica y antijurídica, es requisito, *sine cuamón*, que sea imputable, considerada esta como la capacidad de conocer, entendimiento, y de querer el acto ilícito, elementos cognoscitivos y volitivos de la persona. La antijuridicidad de su conducta, se deriva del conocimiento del carácter ilícito de la mismas y del deseo de ejecución, o conducción contrario a lo querido y esperado por la norma. La imputabilidad es la capacidad

necesariamente requerida, para sujetar a una persona conforme a las normas del derecho penal.

**Décimo Primera.-** El sujeto activo del delito, es todo aquél que infringe las normas penales, tengan o no capacidad de comprenderlas, independientemente de que se reserve el saber si puede o no reprochársele la realización de la conducta. De acuerdo al sistema jurídico mexicano, los sujetos considerados por la Ley como menores de edad, no son sujeto del Derecho Penal, por carecer del elemento esencial de la culpabilidad, la imputabilidad, su capacidad volitiva y cognoscitiva está disminuida, pues se considera que las mismas no están plenamente desarrolladas para comprender y querer el carácter ilícito de una conducta, y en tal virtud, se les sanciona en forma atenuada, por su participación como sujeto activo de delito, mediante un procedimiento diverso al de imputables, mayores de dieciocho años de edad, porque ellos infraccionan únicamente a la norma penal, pero no delinquen.

Mas sin embargo consideró que los menores infractores no son inimputables, pues dicha terminología, se refiere a afectaciones patológicas, mentales, que no es el caso de éstos, además de que la imputabilidad de una persona, entendida en los términos antes señalados, no tiene que ver nada con la edad, pues cada individuo es diferente y no todos al mismo tiempo adquieren la capacidad de comprender y entender la naturaleza de sus actos, para conducirse de acuerdo a esa comprensión y a su libre albedrío.

**Décimo Segunda.-** Dentro del artículo 18 Constitucional, se ubica el régimen de menores infractores, que prevé el establecimiento de instituciones especiales para el tratamiento de sujetos, como una garantía individual de legalidad, que recae como obligación en la Federación y en los Gobiernos de los Estados.

Fundamentado dicho precepto constitucional por el legislador bajo las siguientes consideraciones: al peligro de que menores infractores, por violación a reglamentos administrativos, pudieran ser llevados a establecimientos que el estado y la Federación

estarán obligados a construir. Que los menores infractores a los que se refiere el citado precepto, son aquellos inadaptados sociales, quienes no son sujetos de derecho penal, por considerárseles legalmente imputables.

En tal razón, los menores jurídicamente no cometen delitos, pero sí incurren en faltas a reglamentos administrativos, pero no por ello deben ir a establecimientos penales, que indudablemente son destinados e inadaptados sociales, pero que no caen en el ámbito del validez del derecho penal.

En virtud de lo cual, que los menores puedan acudir al juicio de garantías cuando las autoridades lleguen a cometer alguna arbitrariedad. Destacándose la importancia de la proposición en la redacción al artículo 18, antes tocado, como es que los menores infractores sean tratados en instituciones especiales, pues ello implica un avance en materia de política criminal evitando que vayan a lugares en donde en lugar de adaptarlos a la vida social, salgan con vicios. Y el motivo de que los menores sean tratados como inimputables, es por su inmadurez, por lo que no pueden ser sujeto de derecho penal ni de represión.

**Décimo Tercera.-** Debe establecerse, dentro de proceso de enjuiciamiento a menores infractores, la querrela como requisito de procedibilidad en la integración de las investigaciones por infracciones cometidas por los menores; así como la suspensión del procedimiento, cuando éste requisito no se reúna; y el sobreseimiento en los casos que el querrellante otorgue su más amplio perdón al menor infractor. Así como ordenar la absolución del menor en los casos, en que se desprenda de actuaciones, que el obrar del menor contrario a la leyes penales, se encuentre amparado por alguna eximente de responsabilidad.

Que se traslade el principio constitucional que versa en el sentido de que inmediatamente que lo solicite el procesado podrá obtener su libertad provisional bajo caución, dentro del procedimiento de adultos, para el de menores. Se establezca un criterio legal, relativo a la imposición de las medidas de tratamiento y su duración, de acuerdo al

principio de legalidad, mismas que deberán ser proporcionales de acuerdo a cada caso. Teniendo como ultima opción la privación de la libertad del menor, disfrazada en el internamiento, de acuerdo al carácter social, psicológico y especial de dichos sujetos, optándose por proliferar las medidas substitutivas o alternativas de las medidas, con excepción de las conductas que estén consideradas por la leyes penales como delitos graves.

Implantar como garantía individual los derechos subjetivos de seguridad jurídica del menor, que se encuentre sujeto a un proceso, que debe ser penal, por derivarse de una ley de carácter penal, seguido por autoridad judicial, no por administrativas como lo es actualmente, con una verdadera división de funciones, independencia y autonomía de las instituciones encargadas del proceso de juzgamiento de menores infractores, con respecto al principio de imparcialidad.

El régimen de menores infractores se halla exento de garantías, o las que contiene no son suficientes, por lo que es preciso volver la mirada a los derechos públicos subjetivos que estatuye el artículo 20 Constitucional, y acaso también el 16 y el 19, entre otros, para equiparar la situación de los adultos delincuentes procesados con la de los menores sujetos a procedimiento especial de correccional.

**Décimo Cuarta.-** La Delincuencia Organizada, debe entenderse como la forma comisiva de delitos, modus operandi, que atentan por su repercusión, gravemente a los principios de seguridad jurídica de la sociedad, que consiste en una organización de tres o más sujetos, en forma permanente, con estructuración de actividades, división de trabajo o funciones, asignación de tareas y con existencia de una jerarquización, con la finalidad de cometer delitos de los que puedan obtener beneficios eminentemente lucrativos.

**Décimo Quinta.-** En virtud de la forma en que es presentada la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, debe entenderse que es una forma de perpetración de delitos, que viene a agravar la sanción a imponer. Más no como un delito

**autónoma, ya que no se pretende sancionar la pertenencia de un sujeto a una organización criminal de las que considerada que actúan como delincuencia organizada.**

**Décimo Sexta.-** El derecho debe ser instrumento no de represión, sino sobre todo de **prevención, y revestir fundamentalmente carácter humanitario, puesto que su esencia radica en ser instrumento de superación y enaltecimiento personas. En el aspecto penal deben combinarse el principio de seguridad social con el de prevalencia de la integridad física y psíquica de los infractores de la ley. Los preceptos jurídicos que impliquen sanciones deben imponerse no como respuesta violenta de los perjudicados y de la sociedad, sino como método y forma de lograr la readaptación social**

Los jóvenes, por diversas razones, a veces ajenas a su voluntad, llegan a verse inmiscuidos en actividades ilícitas. Si tras el procedimiento legal instituido a un menor por la infracción a una norma penal se comprueba su responsabilidad, debe de sujetárseles a medidas de orientación, protección y tratamiento de acuerdo a su edad, etapa formativa y desarrollo físico e intelectual. Dirigidos a su adaptación a la sociedad. Y no reprimiéndolos, como solución más factible para dar una imagen de combate a la delincuencia.

**Décimo Séptima.-** Los artículos 4º y 7º de la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, son inconstitucionales, al prever la disminución de la edad penal, en un aspecto especial y excepcional, sólo cuando se trate de delincuencia organizada.

Contradicen la garantía de legalidad prevista por el artículo 18 Constitucional, pues consiste una flagrante violación al derecho de todo menor a ser tratado mediante instituciones especiales en su manejo, que le proporcionen apoyo psicológico, jurídico, educacional, familiar, de un sistema de menores infractores justo y equitativo, que será competente para conocer de las infracciones cometidas por el menor, señaladas como delitos en los Códigos Punitivos, en base a sus especiales características de desarrollo psicobiológico y etapa de absorción de conocimientos y experiencias.

Y con ello, aunado a su etapa de desarrollo y madurez, emocional y psicobiológica, se daría la creación de delinquentes profesionales. Educados en la Universidad del Crimen, por maestros eméritos en conductas antisociales, que lesionan los bienes jurídicamente protegidos por la Ley. Que al salir de las prisiones, saldrían graduados y preparados para escalar los altos puestos de mando de las organizaciones: criminales abocados a la delincuencia organizada.

Así también consistiría una violación al artículo 4º de nuestra Carta Magna, que protege a la familia, los menores y establece protección especial a la salud física y mental del menor. Afectando dichos preceptos, el buen funcionamiento cognoscitivo, afectivo y conductual y el despliegue óptimo de las potencialidades individuales para la convivencia, para el trabajo y para la recreación de los menores.

Es obligación del Estado, crear los medios necesarios para la protección de la salud psíquica y física de los menores. Y no crear leyes de carácter especial, que con la finalidad de atacar un problema social de grandes magnitudes, sacrificando las garantías individuales de los menores, niños y jóvenes, imponiéndoles medidas represivas, autoritarias, olvidándose de la política criminal preventiva.

Y por último, contrario a los Tratados Internacionales aprobados por el Senado Mexicano, entre los que destacan: las Reglas Mínimas de la Organización de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de su Libertad, las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), y la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de 1989.

Tratados todos estos, que en resumen prevén: el derecho de los jóvenes de ser tratados con base en el principio de inocencia; que en cuanto a la privación de libertad deben hacerse todos los esfuerzos para aplicar medidas alternativas y políticas, programas y

acciones preventivas eficaces tendientes a eliminar que se vean involucrados y explotados los jóvenes en actividades criminales; la creación de oportunidades, especialmente educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes estableciendo un marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular los que están en peligro o situaciones de riesgo social; la importancia de reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad, son parte del proceso de maduración y crecimiento; la necesidad de crear conciencia de que el calificar a los jóvenes como "extraviados" y "delinuentes", contribuye a que desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable; entender por niño a todo ser humano menor de 18 años; la obligación de todos los Estados parte de la Convención, de aplicar ésta a cada niño sujeto a su jurisdicción sin duda alguna, protegiendo, de injerencias arbitrarias o discriminatoria mediante la ley, a todos los niños; y, por último, se especifica que la privación de la libertad debe ser un último recurso y durante el período más breve que proceda, y considerarse otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Efectivamente, la sociedad en México no solo quiere, exige seguridad, mayor seguridad ante la creciente ola de delincuencia, imperante en nuestro país. Así como se quiere una nación más segura, sí, pero tanto seguras como libres, democráticas y justas. No podemos permitir ni el abatimiento bajo la presunción de que la delincuencia organizada le gana la carrera a la ley, ni tampoco la elaboración de leyes y su aplicación con rigor excesivo. Con la prioridad a una política criminal represiva sobre la preventiva.

Ambos son severos riesgos de carácter social que debemos evadir. Por otro lado, se tiene que encontrar un punto de equilibrio que por un lado, le dote a los órganos del gobierno competentes de los instrumentos suficientes para enfrentar una delincuencia que cada día se organiza mejor y que cada día cuenta con elementos que van desde tecnología

de punta hasta de recursos de sobra; y por el otro lado, también respetar el marco de garantías, la seguridad jurídica, la libertad, la propiedad y la igualdad de los individuos.

**Décimo Octava.-** De aprobarse en el sentido como aparece la Iniciativa, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, tendríamos afectaciones primordiales, objetivas o directa, tal como el resultado una penalización rigurosa a los menores que se adecuen a las hipótesis de "modus vivendi" de la comisión de los delitos perpetrados por empresas delictivas organizadas. Que el menor de dieciocho y mayor de dieciséis años, será sujeto imputable de Derecho Penal, consecuentemente podrá recaer sobre él un juicio de reproche por la transgresión a la norma penal y el quebrantamiento al Estado de Derecho, éste último comprendido como el estado de armonía y convivencia social cimentado en la ley.

La aplicación de esta Ley, en el sentido en que se propone, sin bases, ni elementos e instrumentos legales que regulen el tratamiento de estos menores, tratándose de delincuencia organizada, por consecuencia deberán ser tratados con apego a las disposiciones de que regulan el Derecho Penal positivo para imputables, sujetos de mayores de dieciocho años. En consecuencia, dejaría de tratarse como menores infractores administrativos de la norma penal, para darles el tratamiento de delincuentes, sujetos imputables del derecho penal, debiendo ser internado por tanto, en los Centros Preventivos y de Reclusión Penitenciarios, dependiendo de ser procesado o reo, que corresponden a personas mayores de dieciocho años, sujetos imputables, lugares en los que a temprana edad se rozarían con delincuentes profesionales.

Además de recaer en otras repercusiones, como son, en materia política, pasando por encima de criterios legales, humanos y científicos, considerados por la mayor parte de la comunidad mundial para establecer la edad mínima, como base del derecho penal criminal, aunque sería imposible saber en que momento un sujeto adquiere plenamente y de acuerdo a su intelecto su actuar y querer para ser sujeto imputable de derecho por la diversidad de características personales de cada sujeto, es decir, el manejo de su actuar volitivo.

Los dieciocho años de edad han sido la base general, etapa en la que se concentran en el sujeto tanto la capacidad de goce, sujeto de derechos, que se adquiere desde el momento de la concepción de la persona como un fin protector del estado hacia el hombre, como la de ejercicio, sujeto de obligaciones, misma que se adquiere al momento de contar con la mayoría de edad, y por tal virtud el Estado Mexicano le otorga la Ciudadanía, prerrogativas y obligaciones.<sup>341</sup> Ante tales consideraciones, es preciso hacer el señalamiento de que si bien el menor "infractor" de entre dieciséis y dieciocho años de edad, va a ser sujeto imputable de derecho penal, también debería serle exigible al Estado que otorgue el conjunto de elementos en mención, a aquellos menores no delinquentes, dentro de los que por ejemplo cabría la "Ciudadanía" y el "Derecho al Voto".

Dentro del ámbito social, tendría afecciones relativas a la supresión de los menores de edad, en su ámbito espacial de desarrollo y desenvolvimiento juvenil, y un desencadenamiento de opiniones contrarias como las que hasta nuestros días han emergido por parte de la opinión pública, reflejo del desacuerdo general de la sociedad, fenómeno que en nuestros días impactan, mueven y trastoman el sentir emocional y psicológico de nuestra sociedad. Agravándose si de ser así se toma como mayoría de edad los dieciséis años, ya que influenciará el mayor y libre desarrollo de los cánceres sociales, como lo es la prostitución, que en este caso lo sería de menores de edad.

Y por último, en el ámbito del Sistema Penitenciario, sólo se contribuiría a que llevar a las cárceles a menores de edad, saturándola más de los que actualmente se encuentran, y con ello a través de la convivencia de menores con la masa absorbente de la delincencialidad profesional, creándose delincuente juveniles profesionales, contrario fin el que se alcanzaría, al buscado que es el de atacar la creciente ola delictiva e inseguridad vigente, que plaga nuestro país.

Afortunadamente, el pasado quince de octubre de 1996, el Senado de la República, quien fungió como Cámara de Origen, del instrumento legal en análisis, aprobó, una vez

<sup>341</sup> Cfr. Artículos 35, 35 y 36 de la C.P.E.U.M.

analizada y modificada la iniciativa correspondiente, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, misma que remitió a la Cámara Revisora, la de Diputados, bajo la denominación de Minuta de Proyecto, de la que podemos apreciar que muchas de las medidas represivas que pretendían introducirse, atentatorias de las garantías constitucionales, fueron eliminadas, entre las que destaca, satisfactoriamente, la disminución de la edad penal tratándose de los casos de delincuencia organizada. Todo ello gracias a que nuestros legisladores tomaron en cuenta el reclamo y oposición que al respecto vertieron, tanto estudiosos, juristas y gente interesada en el tema.

Hoy se ha ganado una vez más la batalla, contra la insistencia incansable del estado por alcanzar éste objetivo, esperemos que no lo intente nuevamente, y que en su lugar adopte medidas más benéficas y efectivas. Como lo mencionamos en el cuerpo del presente trabajo. Existe una propuesta que es de mejor aceptación "la imputabilidad casuística". Es el momento de empezar a ver el problema mediante nuevos horizontes y no los ya apreciados, de los que se ha obtenido un rotundo rechazo, en beneficio de los niños y jóvenes mexicanos, de la seguridad del país, y en defensa de los principios fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## BIBLIOGRAFIA

### OBRAS GENERALES

- Acosta Romero, Miguel.** "Teoría General de Derecho Administrativo", Primer Curso. Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición Actualizada. México, 1993. p. 982.
- Andrade Sánchez, Eduardo.** "Instrumento Jurídicos contra el Crimen Organizado". Coedición de la Universidad Nacional Autónoma de México y Senado de la República, LVI Legislatura. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: varios, número 72. México, 1996. p.142
- Arnáiz Amigo, Aurora.** "Estructura del Estado". Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A. . Librero Editor, México, 1979. p. 361
- Arnáiz Amigo, Aurora.** "Soberanía y Potestad" (de la Soberanía del Pueblo; de la potestad del Estado). Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1981. p. 588
- Burgoa Orihuela, Ignacio.** "El Estado". Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. México, 1970. p. 329

- Carré de Malberg, Raymond**, "Teoría General del Estado". Editorial Fondo de Cultura Económica, versión española de José Lion Depotre, Primera Edición. Sección de Obras de Ciencias Políticas. México, D.F., 1948. p. 1327
- Castellanos Tena, Fernando**, "Lincamientos Elementales de Derecho Penal" , Parte General. Editorial Porrúa, S.A. Trigésima Edición, México, 1991. p. 359
- Castillo del Valle, Alberto del**, "Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal". Editorial Duero, S.A. de C.V., Primera Edición, México, 1992. p.166
- De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael**, "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S.A., Décimo Séptima Edición, México, 1991. p. 533
- Flores Oléa, Victor**, "Ensayo sobre la Soberanía del Estado". Editorial U.N.A.M., Primera Edición. Serie de Estudios 2. México, 1969. p. 141
- García Maynez, Eduardo**, "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésimo Segunda Edición, México, 1991. p. 444
- Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo**, "Garantías Constitucionales en Materia Penal", Editado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, México, 1979. p. 118
- Hinsley, Francis Harry**, "El Concepto de Soberanía". Editorial Labor, S. A., Primera Edición. Serie Nueva Colección Labor. Traducción de Fernando Morera y Angel Alandí, Barcelona, 1972.p. 203
- López Betancourt, Eduardo**, "Teoría del Delito". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición. México, 1996. p. 303

- López Portillo y Pacheco, José.** "Génesis y Teoría General del Estado Moderno". Editorial Dirección de Publicaciones I.E.P.E.S. - P.R.L., Tercera Edición México, D.F., Coyoacán, 1976. p. 701
- Mancilla Ovando, José Alberto.** "Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal". Estudio Constitucional del Proceso Penal. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Tercera Edición, México, 1990. p. 253
- Mezger, Edmundo.** "Derecho Penal" Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1990. p. 459
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto.** "Teoría del Delito" Sistema Causalista y Finalista". Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1996. p. 179
- Pavón Vasconcelos, Francisco.** "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General. Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, debidamente corregida y puesta al día, México, 1991. p. 558
- Peniche López, Edgardo.** "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A. Vigésimo Segunda Edición, México, 1991. p. 322
- Polo Bernal, Efraín.** "Manual de Derecho Constitucional". Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1985. p. 383
- Porte Petit Candaudap, Celestino.** "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A., Décimo Cuarta Edición, México, 1991. p. 508
- Ramella, Pablo A.** "La Estructura del Estado". Editorial Talleres Gráficos de Enrique I., Frigerio e Hijo, Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, 1946. p. 604

- Sánchez Obregón, Laura**, "Menores Infractores y Derecho Penal". Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición. México, 1995. p. 182.
- Serra Rojas, Andrés**, "Teoría del Estado". Editorial Porrúa, S.A., Décimo Segunda Edición, México, 1993. p. 849
- Villalobos, Ignacio**, "Derecho Penal Mexicano", Parte General. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición, México, 1990. p. 654
- Villoro Toranzo, Miguel**, "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición, México, 1990. pág. 4
- Zaffaroni, Eugenio Raúl**, "Manual de Derecho Penal" Parte General. Cárdenas Editores y Distribuidores, Segunda Reimpresión. México, 1994. p. 857

*EDICIONES ESPECIALES*

- "Derechos de la Niñez"** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G: Estudios Doctrinales, número 126. Primera Edición, México, 1990. p. 291
- "Derechos de Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones"**, Tomo III de la Cuarta Edición. Editada por la H. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LV Legislatura, Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial, en Ciudad de México, 1994.
- "Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores"**, Diagnóstico y propuestas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México, Serie I: Cuadernos del Instituto. e) Varios, número 1. Primera Edición, México, 1996. p. 285

**"Memoria del Foro: Análisis y Seguimiento de las Acciones en Favor de la Niñez después de la Cumbre de la Infancia"** Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comunicación Cultural, A. C., México, 1992. p. 107

#### *LEGISLACION*

**Rabasa, Emilio O., y Cuballero, Gloria.** "Mexicano: ésta es tu Constitución". **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, texto vigente 1996, con el comentario a cada Artículo. Coedición de Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial, y la Comisión de Régimen Interno y Concertación Política, Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, Comité de Asuntos Editoriales, de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados. Primera reimpresión de la Décima Edición, México, 1996. p. 423

**Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.** 1996

**Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.** 1996

**Código Federal de Procedimientos Penales.** 1996

**Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,** de fecha 18 de Marzo de 1996

**Ley General de Explosivos y Armas de Fuego. 1996**

**Ley General de Población. 1996**

**Ley General de Salud. 1996**

**Minuta de Proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de fecha 15 de Octubre de 1996.**

***OTRAS FUENTES DE INFORMACION***

**“Dictamen de la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”**

**“Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada”, de fecha dieciocho de marzo de 1996**

**“Módulo de Análisis de la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y de las Reformas Constitucionales correspondientes”. Celebrado el 24 de Abril de 1996, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho, A.C.**

**“Módulo sobre Derecho Penal”, con el tema “Reflexiones sobre la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada”, convocado por el Consejo Nacional de**

Egresados de Posgrado en Derecho, A. C., celebrado los días 3, 4 y 5 de Septiembre de 1996

**"Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000."** Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1995