

884609

10



ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS JURÍDICAS



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO.

NÚMERO DE INCORPORACIÓN 8846-09

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.
(CONGRUENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD)

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA DE JESUS SOTO HERRERA

ASESOR DE LA TESIS: LIC. MERCEDES ARCE DEL RÍO.
REVISOR DE LA TESIS: LIC. SAUL MANDUJANO RUBIO.

NAUCALPAN, EDO DE MEXICO

AGOSTO DE 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

DEDICATORIAS

A Dios:

Por bendecirme siempre, por haberme mostrado el buen camino y porque siempre has estado cerca de mi. Gracias, Padre.

A mis Padres:

¡Evangelina y ¡Juan Guadalupe

Por haberme dado la vida, por enseñarme a valorar todo aquello que esto representa, porque gracias a ustedes, pude distinguir lo bueno y lo malo, dentro de lo bueno estaba realizarme, su preocupación se volvió satisfacción.

A mi esposo:

Fausto Bautista Ramos

Gracias, porque una parte importante de tu vida la has compartido conmigo, y descubrir lo bueno, generoso y noble que eres. No puedo describir tantas virtudes en tu persona. Te amo.

A mis hijas:

Evangelina, Claudia Nancy y Dulce Eulalia.

Por impulsarme y porque cada una de ustedes enriquecen mi vida. Las quiero mucho.

A mi hermano y hermana:

Lupita y Alfonso

En cada momento de mi vida, me han brindado parte de sí mismos y con quienes he compartido felices momentos. Gracias por su paciencia.

A mi comadre Cristi:

Que siempre me ha echado porras.

A mis Profesores:

Quienes me ofrecieron sus conocimientos y me ayudaron a ser una profesional. Gracias.

I N D I C E :

INTRODUCCIÓN.	Pág.
 CAPÍTULO PRIMERO.	
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MÉXICO.	1
1.- Código Penal de 1871.	1
2.- Código Penal de 1929.	9
3.- Código Penal de 1931	15
4.- Reformas Constitucionales del 3 de Julio de 1996	23
5.- Ley Federal Contra la delincuencia Organizada del 7 de noviembre de 1996	30
 CAPÍTULO SEGUNDO.	
ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA	33
1.- Elementos	33
1.1 - Elemento numérico del sujeto activo	34
1.2.- Acuerden Organizarse o se Organicen	38
1.3.- Realizar en Forma Permanente o Reiterada	47
1.4.- Cometer algún otro delito.	48
2.- Estudio Dogmático	52
2.1.- Conducta y su ausencia	52
2.2.- Tipicidad y causas de atipicidad	54
2.3.- Culpabilidad y Causas de Exclusión	63
2.4.- Punibilidad y Excusas absolutorias	70
3.- Variantes del Delito.	72
3.1.- Tentativa.	72
3.2.- Resultado.	73
3.3.- Concurso de Delitos	74

3.4 - Bien Jurídico Tutelado.	75
-------------------------------	----

CAPÍTULO TERCERO.

CONCURSO APARENTE DE NORMAS CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA.

79

1.- Asociación Delictuosa.	79
1.2.- Elementos.	82
1.2.1.- Formar parte de una asociación o banda.	82
1.2.2.- Elemento numérico del sujeto activo.	84
1.2.3.- Propósito de Delinquir	85
2.- Principios para resolver el Concurso Aparente de Normas.	87
2.1.- Principio de Subsidiariedad.	87
2.2.- Principio de Alternatividad.	88
2.3.- Principio de Consumción o Absorción.	90
2.4.- Principio de Especialidad	92
3.- Solución al Concurso Aparente de Normas	98

CAPÍTULO CUARTO.

EL PROCEDIMIENTO EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

104

1.- Un procedimiento Especial.	104
2.- El Procedimientos y la Constitución	117
3.- Consideraciones que se emiten al respecto	120

CONCLUSIONES.

123

BIBLIOGRAFÍA.

127

INTRODUCCIÓN:

La ola de inseguridad y delincuencia que hemos venido padeciendo en nuestro país, ha generado que los órganos del estado inicien una carrera desentrenada para crear mecanismos que logren, al menos, disminuir este problema. A última fecha nos hemos dado cuenta que con ese afán, se crean más y más leyes señalamos a manera de ejemplo, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, esta última, es la que constituye el tema del presente trabajo

En efecto, el objetivo fundamental, es lograr establecer si la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada cumple con su finalidad, si tal ordenamiento punitivo resulta congruente o no con las normas de aplicación general tales como el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y la propia Constitución

De acuerdo al anterior planteamiento, el presente trabajo se encontrará integrado de cuatro capítulos, en el primero de ellos, realizaremos una reseña histórica legislativa, que partirá del Código Penal de 1871, hasta la iniciación de la vigencia de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en el segundo capítulo procederemos a realizar el estudio dogmático del tipo de Delincuencia Organizada, a través de los elementos positivos y negativos del Delito; en el tercer capítulo haremos el estudio de los elementos integrantes de la Asociación Delictuosa señalando las diferencias o similitudes que encontramos entre ambos delitos, resultando imperante plantear la

posible existencia de un concurso aparente de normas y proponer, en su caso, una solución.

Finalmente, el cuarto capítulo estará reservado a practicar un análisis de las disposiciones procedimentales que contiene la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en la investigación, persecución, sanción y ejecución de este delito

elementos positivos y negativos del Delito; en el tercer capítulo, haremos el estudio de los elementos integrantes de la Asociación Delictuosa, señalando las diferencias o similitudes que encontramos entre ambos delitos; resultando imperante plantear la posible existencia de un concurso aparente de normas y proponer, en su caso, una solución.

Finalmente, el cuarto capítulo estará reservado a practicar un análisis de las disposiciones procedimentales que contiene la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en la investigación, persecución, sanción y ejecución de este delito.

CAPITULO PRIMERO.
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MÉXICO.

- 1.- Código Penal de 1871. 2.- Código Penal de 1929.
- 3.- Código Penal de 1931. Reformas Constitucionales del 3 de Julio de 1996. 5.- Ley Federal Contra la delincuencia organizada del 7 de noviembre de 1996.

Para dar inicio al estudio de cualquier tema, resulta indispensable ver sus orígenes y el recorrido que ha llevado a través de la historia; por ello en el presente capítulo realizaré un recorrido histórico por medio de todas las legislaciones federales punitivas que han existido en nuestro país hasta llegar a la actual Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada , publicada el 7 de noviembre de 1996.

1.- CODIGO PENAL DE 1871.- Cuando fue consolidada la Independencia en México, nuestro país no contaba con una legislación punitiva propia, de ahí que se rígera por varias disposiciones elaboradas aún por los españoles, tales como la Recopilación de Indias, los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, las de Intendentes, de Tierra y Aguas y de Gremios, y en forma supletoria eran aplicadas la Novísima Recopilación, La Ley de las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Resultaba entonces imperante que el nuevo Estado se abocara a la creación de nuevas disposiciones que respondieran al momento social e histórico por el que estaba pasando nuestro país, de ahí que el entonces "Presidente de la República Mexicana, Licenciado Benito Juárez García, ordenó que se nombrara una comisión para que se formulara un proyecto de Código Penal. Así el Ministro de Justicia, C. Jesús Terán nombró en el año de 1861, una comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después sustituyó el Lic. Carlos Ma. Saavedra al Lic. Ezequiel Montes; comisión que estuvo trabajando hasta 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa".¹

Una vez que fue superada esta crisis, el día 28 de Septiembre del año de 1868, fue reorganizada la Comisión Redactora del Código Penal, misma que después de un gran esfuerzo, el 7 de Diciembre de 1871, logró la promulgación del primer Código Punitivo, mismo que empezó a regir con validez en el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California en delitos del Fuero Común y para toda la República en materia Federal, el 1º. De Abril de 1872; ordenamiento que siguiendo los lineamientos del Código de 1870 se realizó bajo una tendencia apegada a la Escuela Clásica.

"La fundamentación clásica del código, se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad

¹.- Porte Petit Candaudap, Celestino.- "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal".- Editorial Porrúa; S. A. - Primera Edición, ;México, D. F. 1969.- Pág. 50 y 51

penal, la voluntad (art. 34, fr. I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (art. 39 al 47), dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimo el arbitrio judicial (art. 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (Arts. 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota afflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (art. 92 fr. X) y, para la de prisión, se organiza el sistema celular (art. 130). No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (art. 94). Por último, se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (art. 325)*.

“Dos novedades importantes representa, sin embargo, el Código Penal para su tiempo. La una lo fue el “delito intentado”; es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean (art. 25); grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada art. 19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, art. 26), y que certera y expresamente justificó Martínez de Castro con la diferente peligrosidad acreditada. La otra novedad consistió en la “libertad preparatoria”; “la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarles después una libertad definitiva” (art. 98). La institución de la libertad preparatoria constituyó, para su tiempo, un notable progreso, recogido después por la legislación europea a través del proyecto suizo

de Carlos Stoos (1892). al que le es aplaudida esa originalidad que en realidad corresponde a Martínez de Castro, pues significa tanto como la sentencia relativamente indeterminada." ²

El ordenamiento punitivo que nos ocupa, no contemplaba a la pandilla como un tipo subordinado calificado, pero en forma por demás casuística y extensa contemplaba la participación en los delitos, dedicando completamente el Capítulo VI a ello, del artículo 48 al 59 mismos que a la letra decían:

"Art. 48.- Tienen responsabilidad criminal:

- I.- Los autores del delito.
- II.- Los cómplices.
- III.- Los encubridores".

"Art. 49.- Son responsables como autores de un delito:

I.- Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquéllos de su autoridad o poder, o valiéndose de amigos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, o de culpables maquinaciones o artificios;

II.- Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros lo cometan;

III.- Los que con carteles dirigidos al pueblo, o haciendo circular entre éste manuscritos o impresos, o por medio de discursos en público, estimulen a la multitud a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque solo se designen genéricamente las víctimas:

IV.- Los que ejecuten materialmente el acto en que el delito queda consumado:

² .- Carrancá y Trujillo, Raúl - "Derecho Penal Mexicano" Parte General - Octava Edición, Editorial Libros de México - México, 1967 - Pág. 86 y 87

V.- Los que ejecuten hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse;

VI.- Los que ejecuten los hechos que, aún cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente:

VII.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de castigar un delito, se obliguen con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado”.

Art.- 50.- Son responsables como cómplices:

I.- Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas o otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o ejecución si saben el uso que va ha hacerse de las unas y de los otros.

II.- Los que , sin valer5se de los medios de que habla el párrafo primero del artículo anterior, emplean la persuasión, o exitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de éste, pero no la única:

III.- Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria:

IV.- Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga o protegen de cualquier manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito:

V.- Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, y debiendo por su empleo o cargo impedir un delito o castigarlo, no cumplen empeñosamente con ese deber”.

*Art. 51.- Si varios concurren a ejecutar un delito determinado, y alguno de los delincuentes comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, estos quedarán enteramente libres de responsabilidad, por el delito no concertado, si se llenan los cuatro requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

II.- Que aquél no sea consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados.

III.- Que no haya sabido que se iba a cometer el nuevo delito:

IV.- Que estando presentes a la ejecución de éste, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, si lo podían hacer sin riesgo grave e inmediato de sus personas."

"Art. 52.- En el caso del artículo anterior, serán castigados como autores del delito no concertado, los que no lo ejecuten materialmente, si faltare cualquiera de los dos primeros requisitos que dicho artículo exige. Pero cuando falte el tercero o el cuarto serán castigados como cómplices".

"Art. 53.- El que empleando los medios de que hablan los párrafos 1º., 2º. Y 3º., del Art. 49 y párrafo 2º. Del 50, compelan o induzca a otro a cometer un delito, serán responsables de los demás delitos que cometa su coautor o su cómplice solamente en estos dos casos:

I.- Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal:

II.- Cuando sea consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

Pero ni aún en estos dos casos tendrá responsabilidad, por los nuevos delitos, si éstos dejarían responsabilidad, por los nuevos delitos, si éstos dejarían de serlo si él los ejecutara".

"Art. 54.- El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos 1º., 2º. T 3º. Del Art. 49 o párrafo 2º. Del 50, provoque o induzca a otro a cometer un delito quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consuma".

Si no lo consigue pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumación, se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecería sin esta circunstancia.

En cualquier otro caso se le castigará como autor o como cómplice, según el carácter que tenga en el delito concertado".

"Art. 55.- Los encubridores son de tres clases".

"Art. 56.- Son encubridores de primera clase:

Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

I.- Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose de los unos o de las otras los encubridores.

II.- Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito, o que se descubra a los responsables de él:

III.- Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida".

"Art. 57.- Son encubridores de segunda clase:

I°.- Los que adquieran alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I.- Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella;

II.- Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior".

"Art. 58.- Son encubridores de tercera clase:

Los que teniendo por su empleo o cargo deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones I y II u ocultando a los culpables".

"Art. 59.- No se castigará como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuges o parientes colaterales del delincuente, ni a los que oculten al culpable o impidan que se averigüe el delito, si no lo hicieron por interés, ni emplearen algún medio que por sí sea delito".

El Código Penal que en estos momentos nos ocupa, y en cuanto al número de personas, regulaba la Asociación Delictuosa en el Capítulo IV bajo el rubro de "Asociaciones Formadas para Atentar Contra Las Personas o La Propiedad", del artículo 951 al 955, bajo los siguientes lineamientos:

"Art. 951.- El solo hecho de asociarse tres o más individuos, con el objeto de atentar contra las personas o contra las propiedades, cuantas veces se les

presente oportunidad de hacerlo, es punible en el momento en que los asociados organizan una banda de tres o más personas”.

“Art. 952.- Los que hayan provocado la asociación, o sean jefes de alguna de sus bandas, o tengan cualquier mando en ellas, serán castigados con las penas siguientes:

I.- Con seis años de prisión, cuando la asociación se forma para cometer delitos cuya pena no baje de diez años de prisión.

II.- Con cuatro años de prisión, cuando la asociación se forma para cometer delitos cuya pena no baje de seis años, ni llegue a diez.

III.- Con un año de prisión, fuera de los casos indicados en las dos fracciones anteriores”.

“Art. 953.- Todos los demás individuos de la asociación, que no se hallen comprendidos en el artículo anterior, serán castigados, en los casos de que hablan las tres fracciones de dicho artículo, con dos tercios de las penas que en ellos se señalan”.

“Art. 954.- Cuando la asociación ejecute alguno de los delitos para cuya perpetración se forme, se observarán las reglas de acumulación”.

“Art. 955.- En los casos de que hablan los artículos anteriores, podrán los jueces aplicar las prevenciones del art. 524”.

De la lectura de los anteriores artículos, podemos apreciar, como en forma clara y precisa, el legislador del 71 tipificaba en forma por demás adecuada la Asociación Delictuosa, considerándola como una reunión de tres o más individuos organizados para delinquir, y por otro lado no existía disposición alguna en relación a la Delincuencia Organizada.

2.- CODIGO PENAL DE 1929.- En esta época, nuestro país se encontraba invadido de las tendencias europeas, influencia que aunque casi cincuenta años después de surgido el positivismo en Italia, fue adoptado en la legislación mexicana. Por lo anterior el Licenciado Emilio Portes Gil quien fungía como Presidente de la República, por Decreto del 9 de febrero de 1929, da origen al que sería el segundo Código Penal, mismo que entró en vigor el día 15 de diciembre de 1929, del cual se comentó:

"Quienes se fíen de apariencias hallarán inmediatamente al nuevo Código Mexicano entre las leyes oriundas del "Positivismo Penal". No voy a debatir en tan impropia coyuntura, si esto es un mérito o una desventaja; está lejos de mi designio fallar sobre una escuela que avejenta y retrasa. Tal vez hoy, en orden a las tareas legislativas, podría decirse que existe una escuela Rusa, nacida del Positivismo, pero remozada y más audaz. Desde luego, el Código de México no es colindante con el de Rusia, si no con los principios que hace más de medio siglo trazaron los positivistas italianos. Tres de sus piedras de apariencia angular responden a la orden "positiva".

"La nueva ley se propone la defensa social, puesto que el artículo 68 dice: "El objeto de las sanciones es prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo de criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan". "Cierto que este postulado no basta para atribuir el Código de México al escaso grupo de leyes positivas, ya que también la política criminal admite el objetivo de defensa.

Pero obsérvese que los Códigos y proyectos de tipo sobiético tratan de lograrlo con penas para los imputables y medidas de seguridad para los peligrosos, en tanto que el nuevo Código mexicano, inspirado en este punto en la terminología del proyecto de Ferri, que se publicó en Italia en el año de 1921, solo habla de sanciones en el título segundo de su libro primero. El reciente Código de México acepta la fórmula de responsabilidad social o legal tan ardorosamente defendida por los positivistas itales; así, en el repertorio "de las circunstancias que excluyen la responsabilidad" , no figura el "estado psíquico anormal" de "orden patológico", más que cuando sea "pasajero", y tampoco se incluye la edad infantil. Los dementes y los niños son legalmente responsables, por eso el artículo 72 enumera las sanciones que deben imponerse a los "delincuentes en estado de debilidad o anomalía mentales", y el artículo 71 consigna las que han de aplicarse a los delincuentes menores de dieciocho años, que luego se definen y reglamentan en los capítulos IX y X del título segundo atrás enunciado. Finalmente, el Código de México parece fundarse en la doctrina de la peligrosidad subjetiva, ya que dice en su artículo 32: "A todo individuo que se encuentre en estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social. Se considerará en estado peligroso: a todo aquel que, sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el libro tercero aún cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente o deliberadamente". "Prescindimos de que este concepto es por demás incompleto, por dar excesivo predominio al sistema objetivo del crimen, para fijarnos tan sólo en que tal noción exigiría un amplio margen de arbitrio judicial, nuevamente reclamado por el texto del artículo 17, al decir que "las circunstancias atenuantes o agravantes determinan la temeridad del delincuente y

la graduación de las sanciones (penas)". Pero es el caso que, salvo en algún pasaje episódico, este Código, sobre manera casuístico, lleno de definiciones positivas y requisitos por afirmación y por negación, de fórmulas mencionadoras de los grados de la pena, etc. etc., traba corto a los magistrados, y por sus ingenuas ambiciones de preverlo todo inhabilita con hechos los que sólo enunció con palabras. Por tanto, me atrevería a afirmar que la estructura y la dinámica de esta ley, no se alteraría en un ápice si se suprimieran esos principios de exterior modernidad, ajenos a su real economía, como postizos que se colocan con poco acierto en una obra vetusta y que contrastan con su técnica arcaica a manera de afeites en rostro ajados. Donde el Código de México contiene los más desconciderantes preceptos es precisamente en su aspecto técnico —que estudiaré en próximo ensayo— donde, a la vera de normas incompatibles con el vigente progreso, instala preceptos del todo exóticos en el área jurídico-penal".³

En efecto, el ordenamiento punitivo que nos ocupa, otorgaba una gran importancia a la defensa social, estableciendo un arbitrio judicial en la individualización de las penas; no obstante no se podía exigir que este cuerpo de leyes fuera totalmente positivista, pues en su contra aparecía la pared inderrumbable del clasismo de nuestra Constitución, lo que originó grandes problemas de interpretación y aplicación, amén de encontrarse plagado de errores de carácter técnico.

³ - Jiménez de Asúa, Luis - Diario "El Universal" - 18 de febrero de 1930.

Debido a lo anterior, el Código Penal de 1929 tuvo una corta vida, ya que el entonces Presidente de la República Don Emilio Portes Gil, giró instrucciones para que se constituyera una comisión revisora, integrada por los licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles, mismos que se abocaron a la enorme tarea de enmendar el Código conocido como Código de Almaráz, pero en virtud de que las reformas eran innumerables, lo que en realidad resultó fue el proyecto del Código Penal de 1931.

Este ordenamiento punitivo, en su artículo 36 clasificaba en tres grupos a las personas responsables de los delitos, de la siguiente manera:

- I.- Los autores del delito;
- II.- Los cómplices, y
- III.- Los encubridores.

Eran autores del delito:

- I.- Los que conciben un delito, resuelven cometerlo, lo preparan o ejecutan por sí mismos;
- II.- Los que conciben un delito, resuelven cometerlo, lo preparan o ejecutan por sí o por medio de otros, compeliendo o induciendo a éstos a delinquir por abuso de su autoridad o por poder, o por medio de la violencia física o moral, o de culpables maquinaciones o artificios;
- III.- Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución; y se valgan de otros medios, diversos de los enumerados, en las fracciones anteriores, para hacer que otros lo comentan;
- IV.- Los que por discursos, escritos o por cualquier otro medio, estimulen a la multitud a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen vagamente las víctimas;
- V.- Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado;
- VI.- Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminen inmediata o directamente a su ejecución, o que son tan necesarias en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no pueda consumarse;

VII.- Los que ejecutan hechos que aún cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren de mayor audacia en el agente, y

VIII.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o sancionar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

Contemplaba en su artículo 38 la complicitad de la siguiente forma:

"Art. 38.- Son responsables como cómplices:

I.- Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas u otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o la ejecución, si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros;

II.- Los que, sin valerse de los medios de que hablan las fracciones I y II del artículo anterior, emplean la persuasión, o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de éstas, pero no la única;

III.- Los que en la ejecución de un delito, toman parte de una manera indirecta o accesoria;

IV.- Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga o protegen de cualquier manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito, y

V.- Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que se va a cometer el delito, y debiendo con su empleo o cargo impedirlo, no cumplen con ese deber".

"Art. 39.- Si varios concurren a ejecutar un delito determinado y alguno de los delincuentes comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, éstos quedarán enteramente libres de responsabilidad por el delito no concertado, si se llenan los cuatro requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y

IV.- Que estando presentes a la ejecución de éste, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, si lo podían hacer sin riesgo grave e inmediato de sus personas”.

“Art. 40.- En el caso del artículo anterior, también serán considerados como autores del delito no concertado: los que no lo ejecuten materialmente, si faltare cualquiera de los dos primeros requisitos que dicho artículo exige”.

“Pero cuando falte el tercero o el cuarto, serán considerados como cómplices”.

La tercera forma de participación contemplada por esta ley sustantiva de la materia, que es el encubrimiento se encontraba regulada en el artículo 43:

“Se consideran encubridores:

I.- Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

Primero.- Auxiliándolos para que se aproveche de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose ellos mismos de los unos o de las otras”.

Segundo.- Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito que se descubra a los responsables de él”.

Tercero.- Ocultando a éstos, si anteriormente han hecho dos o más ocultaciones, aunque de ellas no haya tenido conocimiento la autoridad; o si obran por retribución dada o prometida;

II.- Los que adquieran para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren los dos siguientes :

Primera.- Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella.

Segunda.- Que habitualmente compren cosas robadas.

Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúe dichas compras tres o más veces distintas;

III.- Los funcionarios públicos que, con propósito de especulación mercantil, adquieren o reciben en prenda alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito; aunque prueben que ignoraban esta circunstancia, si no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella, debiendo consistir dichas precauciones en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de persona abonada y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, si esta resultare objeto o efecto de un delito, siempre que por las circunstancias del poseedor o por el valor o naturaleza de la cosa sea de presumirse una usurpación delictuosa, y

IV.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir la comisión de un delito o aplicarle una sanción, favorecen a los delinquentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en los incisos Primero y Segundo de la fracción I de este artículo, y ocultando a los responsables".

El ordenamiento punitivo que en estos momentos nos ocupa, no contemplaba como circunstancia cualificante, el hecho de que el delito fuese cometido en pandilla; pero al igual que el Código de Martínez de Castro, sancionaba del artículo 451 al artículo 455 la asociación delictuosa, en términos muy similares. La única diferencia de fondo que encontramos es en cuanto a la sanción; toda vez que dadas las tendencias positivistas de este ordenamiento, sustituye la pena de prisión, por las de arresto y relegación; y por cuanto hace a la Delincuencia Organizada, no existe disposición alguna.

3.- CODIGO PENAL DE 1931.- Como ya indicamos con anterioridad, las reformas practicadas al Código Penal de 1929, dieron en realidad como resultado la

creación del Código Penal de 1931, mismo que entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, y fue promulgado por el Presidente de la República en aquel tiempo Ingeniero Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto y publicado en el Diario Oficial el día 14 del mismo mes y año en el número 34 Tomo LXVII.

El ordenamiento en cuestión regiría para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, así lo establecía su artículo 1°.

En su exposición de motivos presentada al Congreso Jurídico Nacional en el mes de mayo de 1931, el Ingeniero Alfonso Teja Zabre, dá a conocer:

"Al iniciar los trabajos de la Comisión Revisora de las leyes penales, fueron propuestos algunos lineamientos generales, apoyados, perfeccionados y ampliados principalmente por los compañeros de Comisión, licenciado José Angel Ceniceros y Luis Garrido, y después, cuando se consolidó la Comisión Redactora por los licenciados José López Lira y Ernesto Garza, así como por el señor licenciado y magistrado Carlos Angeles, en la forma que se conocerá más detalladamente cuando se publiquen las actas de las sesiones respectivas".

"Dichos lineamientos son fundamentalmente los siguientes:

**"ORIENTACIONES GENERALES PARA LA
LEGISLACION MEXICANA".**

"Eliminar los residuos de sistemas feudales, (privilegios, fórmulas, ritos, verbalismos) y hacer leyes claras, prácticas y sencillas".

"Adoptar las leyes a las necesidades y a las aspiraciones reales (biológicas, económicas, sociales y políticas)".

"No sujetar servilmente la ley a la realidad actual y a la fuerza de los hechos y de las costumbres imperantes, porque eso sería fomentar el estancamiento, el retraso y el retroceso, sino hacer de la legislación una fuerza viva y una orientación de proceso social".

"(El hombre no puede aumentar o disminuir las fuerzas naturales, pero si puede encauzarlas y acelerar o retrasar su movimiento)".

"Procurar la uniformidad de la legislación en toda la República".

"Consagrar como funciones del Estado las que son de interés colectivo y reclamar la intervención y vigilancia del Poder Público:

a).- Control de los medios de producción mediante vigilancia directa, administración nacional, socialización o nacionalización, según lo permitan las posibilidades (Leyes Agrarias y Derecho Industrial).

b).- Coordinación de las energías productivas del país, facilitando la organización de la fuerza humana y el aprovechamiento de los recursos naturales.

c).- Realización de las funciones esenciales del Estado moderno, (Política económica, fiscal, agraria, criminal, educativa, sanitaria, de comunicaciones, de regadío, etc.).

"Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: "No hay delincuentes sino Hombres".

"El delito es principalmente un hecho contingente, sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc. ; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la

fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito".⁴

De esta manera nos da a conocer la tendencia sobre la cual fue realizado dicho Código, es decir, aplicar el positivismo hasta los límites permitidos por la Constitución, así como el arbitrio judicial, la individualización de las penas, la reparación del daño efectiva, con procedimientos más rápidos y eficaces.

No obstante el anterior esfuerzo, el Código de 1931 recibió diversas críticas entre las que resaltan el maestro Guisepppe Bottiol quien manifiesta: "A este respecto el nuevo código siguió un camino equidistante, criticado por los positivistas; quienes no se daban tregua hasta ver abolidas de la legislación la "capacidad de comprender y querer" como sinónimo de libertad moral, y la "pena" en su concepción tradicional ético-retributiva.

También fue censurado por los idealistas, que luego de reducir la realidad natural o proceso espiritual, no justificaban un dualismo entre espíritu y naturaleza y patrocinaron la introducción de la pena correctiva".⁵

⁴ - Teja Zabre, Alfonso - "Código Penal de 1931" - Revisado según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del Lic Alfonso Teja Zabre - 4ª Edición, Editorial Botas - México, 1938.- Págs. 7-9

⁵ .-. "Derecho Penal" ParteGeneral - 4ª Edición, Editorial Temis - Bogotá, 1965.- Pág. 25.

El numeral 13, de dicho cuerpo de leyes, bajo el rubro de "Personas Responsables de los Delitos", establecía:

"Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo".

"Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente".

De lo anterior podemos concluir que el legislador del 31 consideraba tres formas de participación: La autoría, la complicidad y el encubrimiento. El Órgano Jurisdiccional tenía arbitrio para imponer la pena, dependiendo de la participación que hubiese tenido el sujeto en la comisión del delito, encontrándose dicho arbitrio limitado por la misma ley, ya que el juez podía imponer la pena a criterio, pero sin rebasar los límites fijados para cada caso por la propia ley, tomando en cuenta lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento punitivo, es decir, debía establecer la peligrosidad del delincuente mediante apreciación de su personalidad, su instrucción, cultura, costumbres y circunstancias que lo llevaron a delinquir.

El numeral a estudio fue reformado por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial el día 9 de marzo de 1946, quedando de la siguiente manera:

"Son responsables de los delitos:

- I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos;
- II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlo;
- III.- Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y
- IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa".

Como puede apreciarse, el legislador seguía conservando la confusión al establecer a los encubridores como forma de participación y a su vez en su artículo 400 establecer como delito el encubrimiento, confusión que no fue subsanada sino hasta que por decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial el día 13 de enero de 1984, entrando en vigor a los 90 días de su publicación; elimina al encubrimiento como forma de participación, dejándolo subsistente solo como delito, quedando la participación en los siguientes términos:

*Artículo 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado".

El Código Penal de 1931, contempla por primera vez en su artículo 164 el delito de Asociación Delictuosa, con la misma redacción que presenta el actual numeral, solo que en su inicio contemplaba una sanción de seis meses a seis años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos; pero por decreto del 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial el día 3 de enero de 1989, entrando en vigor el 1º. De febrero del mismo año, dicho artículo sufre un incremento en la sanción con una pena privativa de libertad que va de uno a ocho

años y una sanción pecuniaria de treinta a cien días de salario mínimo vigente en el lugar y fecha de ejecución del delito.

Debido al incremento de bandas delincuentes formadas por ex agentes policiacos en 1988 se adicionó un segundo párrafo al artículo 164, estableciendo una circunstancia cualificante para el delito a estudio, y aumentando en tales casos en una mitad más la pena de prisión, amén de ser destituidos del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro cargo.

El anterior aumento de sanción, resultó insuficiente, por lo que con las reformas practicadas el día 8 de febrero de 1999, se realizó un nuevo incremento a la sanción, y como circunstancia cualificante, no solo haber pertenecido a alguna corporación policiaca, sino también a los que pertenecieran a la Fuerza Armada, quedando hasta nuestros días de la siguiente manera:

"Artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa".

" Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos".

4.- REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 3 DE JULIO DE 1996.- Por Decreto del 2 de julio de 1996, publicado el día 3 del mismo mes y año, fueron reformados los artículos 16, 20 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyéndose por primera vez en esta máxima ley el término de Delincuencia Organizada, para efecto de que en estos casos se duplicara el término de detención por parte del Ministerio Público, para considerarlo como delito grave y por ende no tener derecho a la libertad provisional; para dejar de considerar como confiscación de bienes el decomiso de los que pertenezcan a un sentenciado por el delito de Delincuencia Organizada.

"La reforma al artículo 16 trajo consigo una referencia a "delitos graves", para el efecto de la detención del indiciado por orden del Ministerio Público. Esa expresión no fue afortunada y ha repercutido negativamente en la legislación procesal secundaria. Más acertado era el antiguo criterio de la fracción I del artículo 20 constitucional, que justamente estimó la gravedad del delito en función de la pena aplicable, es decir, se remitió a la valoración que el legislador mismo hace acerca de la gravedad de una conducta punible, medida en términos de la pena que se le asigna: en entidad y cantidad, es decir, naturaleza y cuantía".

"La expresión "delitos graves" irrita innecesariamente a las víctimas de conductas ilícitas consideradas como "no graves", es decir, como "leve". La idea de gravedad es relativa: adquiere sentido con referencia a otros datos o comportamientos, que permitan establecer una tabla de valor en la que haya diversos tamos: uno de éstos se asignaría a los "delitos graves"; otro a los que no lo

son. Sin embargo, ¿cómo explicar al ofendido por un robo o unas lesiones, supuestamente "no graves", que el delito que los victimó es simplemente leve, y que por eso el agente no deberá soportar las severas consecuencias que debería afrontar si esa infracción tuviese otra entidad?"

"Seguramente el ofendido considera que el agravio que se le infringió es grave, y en efecto lo es para él, aunque no parezca ser lo que para el legislador. Quienes han tenido experiencia directa en funciones de prevención del delito o procuración y administración de justicia, han escuchado a los ofendidos por delitos "leves" cuando deploran que sólo se otorgue la protección de la ley y se sancione al infractor cuando éste ha causado lesiones que ponen en peligro la vida o ha cometido homicidio, pero no cuando ha ocasionado problemas menores en la salud, el patrimonio o la libertad de la víctima."

"Es necesario, por lo tanto, que el legislador utilice expresiones aceptables para la sociedad en general; finalmente, las leyes —un cuerpo de claves destinadas a orientar y calificar el comportamiento— están destinadas a esa sociedad, y no apenas a un círculo de juristas para los que carece de importancia, por sí mismo, el uso de términos como "grave" o "no grave"."

"El propio artículo 16 señaló —y señala en la actualidad— que el periodo de detención o retención (voces diferentes que denotan, en esencia, un mismo fenómeno, aunque aduzca que la detención es un acto y la retención un proceso: ambas son acto y proceso) por el Ministerio Público no podría exceder de 48 horas,

plazo que "podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada". Fue así como este concepto ascendió -innecesariamente al plano de la Constitución General de la República, nada menos."

"Probablemente los autores de la iniciativa sabían que la averiguación previa de ciertos delitos organizados -señaladamente el narcotráfico- requiere más tiempo del que es necesario aplicar en otros casos, pero no tenían una idea clara acerca del concepto mismo de la delincuencia organizada. Por ello cargaron el acento en aquella circunstancia".

"Así, la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 16 destacó que en estos supuestos se podría duplicar el tiempo de retención "en razón de que a su elevada gravedad se suma la mayor dificultad de integrar debidamente una indagatoria, sobre todo, porque en estos casos no sólo es necesario acreditar la existencia del hecho ilícito y la vinculación del indiciado con el mismo, sino, su relación con los demás elementos que integran a la organización delictiva, que por su desarrollo ha acreditado ser cada día más compleja y sofisticada".⁶

En efecto, el catalogar como graves o no los delitos, invaden en forma definitiva el criterio utilizado por el legislador que desde el momento en que configuró los tipos y les estableció sus penas, lo que desde nuestro modo de ver solo refleja la impotencia para contener la delincuencia, ya no se intenta, siquiera, la aplicación de otros mecanismos menos intimidantes que el "ius puniendi", ocupación

tan inútil la de nuestros legisladores resulta el aumentar cada vez más las penas, cuando se cierran los ojos en la prevención y readaptación, cuando lo único que se está ocasionando es una saturación desmedida de reclusorios y de disposiciones penales. Igualmente resulta incongruente que en la actualidad, además de los enunciados como tales, se considere delito grave todo aquel cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, volviéndose a la fórmula anterior para efecto de obtener la libertad provisional bajo caución, comprendiéndose de esta forma delitos que realmente no acarrearán gran afectación. Así las cosas, el artículo 16 Constitucional quedó de la siguiente manera:

"Art. 16.- 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".

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la 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".

"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".

"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".

"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".

"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**

⁶ García Ramírez, Sergio.- "Delincuencia Organizada" .- Editorial Porrúa S. A. , Primera Edición, México, 1997.- 38-40.

casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará 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, una 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".

"Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará plenamente 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".

"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los catéos".

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

Por su parte el artículo 20 Constitucional, niega, como ya se dijo el derecho a la libertad provisional bajo caución cuando se trata de delito grave, al reformarse su fracción I, quedando como sigue:

"Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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".

"El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. 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 inculpado 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 inculpado".

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

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;

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;

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

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.

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 los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

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

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;

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

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 causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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

Por su parte el artículo 22 de nuestra máxima ley, permite el decomiso de los bienes de aquellos que fueron sentenciados por el delito de delincuencia organizada, estableciendo:

"Artículo 22.- 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".

"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 del 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 aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes".

"No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculcado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe".

"Queda también 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".

5.- LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. -

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, tuvo su origen gracias a una iniciativa que presentara el entonces Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, así como varios Diputados y Senadores Federales, a la Cámara de Senadores el 18 de marzo de 1996.

Dentro de la exposición de motivos se declaró: ". . . esta forma de criminalidad es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa. Por lo que hace a los medios de reacción contra la delincuencia organizada, debe aceptarse que hasta ahora 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 rumbo y de criterios; por ello, aunque aisladamente han parecido adecuadas, han resultado finalmente infuncionales..."

La iniciativa a que hicimos referencia párrafos anteriores, fue dictaminada por el Senado el 15 de octubre del mismo año, sufriendo numerosas reformas, con las que finalmente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de noviembre de 1996, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Resulta interesante hacer un análisis de algunos artículos que fueron excluidos por el dictamen a que nos hemos referido: El artículo 4°. Del proyecto inicial establecía una edad de 16 años para ser imputable de este delito, aplicándoles una pena atenuada de la mitad correspondiente al delito, así lo establecía el artículo 7°.

El artículo 45 preceptuaba: "Las declaraciones formuladas en las diligencias practicadas por agentes de la policía judicial federal o local, tendrán validez de testimonios. Podrán incorporarse a la consignación solo como prueba presuncional, pero en ningún caso como confesional".

Por su parte el numeral 47 nos decía: "Las disposiciones legales para la valoración de pruebas serán aplicables, en lo conducente, a las grabaciones, telefax o cualquier otro dato o informe impreso que deriven de la intervención electrónica. Dichas grabaciones, telefax, datos o informes impresos serán considerados como documentos privados. Su autenticidad se podrá establecer, a criterio del juez, a través de testigos con el auxilio de peritos o mediante el reconocimiento que haga la persona a quien atribuye la comunicación o mensaje grabado o interceptado, sin que dicho reconocimiento tenga, en ningún caso, el carácter de confesión".

Como podemos apreciar, el dictamen original contenía disposiciones sumamente arbitrarias y conculcatorias de garantías, trataba de borrar de un plumazo las grandes luchas para quitarle todo valor a las declaraciones arrancadas

por medio de torturas infringidas a los detenidos por los mal llamados agentes de la policía judicial; pretendía, aunque en forma velada dirigir a la autoridad judicial sobre la valoración de las pruebas cuya regla no es tasada, en fin, un procedimiento especial con marcados tintes inquisitivos.

La ley que nos ocupa, se encuentra constituida por cuatro títulos, el primero de éstos contiene "Disposiciones Generales", con un solo capítulo intitulado "Naturaleza, objeto y aplicación de la Ley", en él se tipifica el delito y se apuntan sus consecuencias.

El segundo título es titulado "De la investigación de la Delincuencia Organizada", conformado de seis capítulos; en el primero se establecen las normas para la investigación del delito; el segundo nos habla sobre la "Detención y Retención de indiciados", el tercero se concreta a la reserva de las actuaciones del Ministerio Público en relación a la Averiguaciones Previas iniciadas para la investigación de este delito; el cuarto capítulo establece disposiciones para la práctica de catéos y la intervención de comunicaciones privadas; el quinto capítulo es referente al aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso; y finalmente el sexto nos habla sobre la protección de las personas, que en su caso atestigüen o aporten algún elemento para la investigación del delito.

El título Tercero, consta de un solo capítulo en el que se establecen las normas para la valoración de las pruebas y el proceso. El Cuarto título también conformado de un solo capítulo se refiere a la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

CAPITULO SEGUNDO.
ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

1.- Elementos. 1.1.- Elemento numérico del sujeto activo. 1.2.- Acuerdo Organizarse o se Organicen. 1.3.- Realizar en Forma Permanente o Reiterada. 1.4.- Cometer algún otro delito. 2.- Estudio Dogmático. 2.1.- Conducta y su ausencia. 2.2.- Tipicidad y causas de atipicidad. 2.3.- Culpabilidad y Causas de Exclusión. 2.4.- Punibilidad y Excusas absolutorias. 3.- Variantes del Delito. 3.1.- Tentativa. 3.2.- Resultado. 3.3.-Concurso de Delitos. 3.4.- Bien Jurídico Tutelado.

En el presente capítulo, realizaremos el estudio dogmático del delito de Delincuencia Organizada, partiendo de sus elementos, podremos posteriormente analizar la forma en que se presentan de acuerdo a los elementos positivos y negativos del delito, para lo cual utilizaremos la teoría tetatómica, posteriormente y tomando como variantes del delito, estudiaremos si este delito puede darse en tentativa, cómo es en razón a su resultado, cuáles son los delitos con los que puede o no concursar y finalmente nos adentraremos al estudio de su bien jurídico tutelado.

1.- ELEMENTOS.- El artículo 2º. De la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, nos establece el tipo de Delincuencia Organizada en los siguientes términos:

"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:

I.- Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II.- Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III.- Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV.- Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V.- Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales".

Del anterior texto, se desprenden los siguientes elementos:

1.1.- ELEMENTO NUMÉRICO DEL SUJETO ACTIVO.- Antes de abordar lo referente al elemento numérico, resulta indispensable establecer lo que debemos de entender por Sujeto Activo del delito.

El derecho penal solo sanciona o regula comportamientos humanos, que desde luego van a causar un daño o lesión en los bienes, personas, o derechos de otros seres humanos que obtendrán por ese simple hecho la calidad de sujetos pasivos.

El sujeto activo, luego entonces, solo podrá ser un ser humano, pero ello no basta para ser sujeto del Derecho Penal, sino que además debe ser imputable, es decir, ser mayor de dieciocho años, con la capacidad de querer, entender y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

El artículo 13 del Código Penal Federal, nos señala cuales son las personas responsables de los delitos; en sus diversas fracciones, establece la responsabilidad unisubjetiva, es decir de un solo sujeto y la co-responsabilidad, cuyo fundamento la encontramos en la existencia del nexo de causalidad, porque se tiene un resultado típico producido por la intervención de varios sujetos, en donde resulta necesario que todos los que intervengan en la ejecución del hecho típico exista la intención de realizarlo, practicando actos encaminados a esa ejecución ya sea en forma directa o indirecta.

De esta forma, el numeral a estudio, indica los llamados grados de participación, que en teoría se han clasificado en: Autor Material, Autor Intelectual, Coautor, Copartícipe y Cómplice.

"Autores materiales o por ejecución. Son aquellos, como se ha dicho, que realizan el acto directamente constitutivo del delito, como dar la puñalada o disparar el tiro mortal".

"Autores intelectuales o por inducción. Se considera como tales, en derecho, a quienes no realizan por sí el delito pero logran que otro lo ejecute,

usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido".⁷

Los coautores, son aquéllos que en forma conjunta realizan el hecho delictivo.

Los coparticipes, son aquellos que no realizan el acto principal, sino que su participación consiste en realizar actos accesorios con los que presta un auxilio necesario, sin el cual no hubiese sido posible su consumación.

"Convivencia. Una forma de coautoría, estimada por algunos como complicidad, es aquella en que el auxilio prestado consiste en no impedir la ejecución del delito, supuestas la posibilidad y la obligación de hacerlo".⁸

Resulta muy común que este tipo de participación se confunda con el encubrimiento, al respecto debemos dejar bien claro que la complicidad efectivamente es un grado de intervención en el delito, en el que el sujeto no impide la comisión de éste teniendo previo conocimiento a él; en tanto que el auxilio que presta el encubridor resulta a posteriori, no denunciándolo, escondiéndole, ocultando los objetos o instrumentos del delito, o bien ocultando información; de tal forma que la complicidad, resulta un grado de participación, en tanto que el encubrimiento es un delito.

⁷ Villalobos Ignacio - "Derecho Penal Mexicano". Parte General.- Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A. De C. V - México, 1990.- Pág. 486.

⁸ Idem. Pág. 487.

El artículo 13 del Código Penal, contempla además otra forma de participación conocida como complicidad correspectiva, en este tipo de participación, existe la intervención de varias personas, pero dadas las circunstancias en que se presentaron los hechos, no es posible determinar qué resultado produjo cada uno de ellos.

Así las cosas, procederemos a transcribir el artículo 13 de nuestra Ley Punitiva, señalando de acuerdo a la teoría de qué tipo de participación se trata.

"Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización; (Autores Intelectuales)

II. Los que los realicen por sí; (Autores Materiales)

III. Los que lo realicen conjuntamente; (Coautores)

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; (Autores Intelectuales)

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; (Autores Intelectuales)

VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

(Copartícipes).

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y (Cómplices)

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. (Complicidad Correspectiva)

"Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad".

"Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código".

De lo anterior, podemos concluir, que de acuerdo al número de participantes en el delito, estos pueden clasificarse en Unisubjetivos, cuando interviene un solo sujeto, y Plurisubjetivos, cuando intervienen dos o más sujetos. De igual forma, el legislador ha establecido varios tipos en los que se requiere necesariamente la intervención de tres o más sujetos, tal es el caso de la Pandilla, la Asociación Delictuosa y la Delincuencia Organizada; en consecuencia, el tipo, materia de este trabajo, es un tipo plurisubjetivo, puesto que requiere para su integración, la participación de tres o más sujetos.

1.2.- ACUERDEN ORGANIZARSE O SE ORGANICEN.- Para la integración del tipo a estudio, resulta indispensable la reunión de personas con el propósito de delinquir, sancionándose el simple hecho de formar parte de esa organización, expresa el concurso organizado de varias personas para la consecución de un fin común, ello implica cierto carácter de permanencia en la organización y cierto orden jerárquico ya sea para la ideación, la preparación o la ejecución; porque el delito de delincuencia organizada debe de seguir las mismas reglas de la Asociación Delictuosa, según ha dispuesto el Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativas del Segundo Circuito, en los siguientes criterios jurisprudenciales:

Novena Epoca
Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS
PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: II.1o.P.A.11 P

Página: 913

DELINCUENCIA ORGANIZADA, DELITO DE ACREDITAMIENTO DEL TIPO PENAL, DEBEN SEGUIRSE LAS MISMAS REGLAS PARA ACREDITAR EL ILICITO DE ASOCIACION DELICTUOSA. *El tipo penal de delincuencia organizada entró en vigor al día siguiente de la publicación de las modificaciones al Código Penal del Estado de México, del siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, en las que se establecieron la nueva denominación del delito en comento, precisando en el artículo 178 que se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa al que participe en una agrupación o banda organizada, cuya finalidad sea cometer delitos que afecten bienes jurídicos de las personas o de la colectividad, mientras que antes de su reforma se le conocía a tal ilícito como asociación delictuosa precisándose en el dispositivo 178 que se impondrán de seis meses a seis años de prisión y de tres a trescientos cincuenta días multa, al que tome participación en una asociación o banda de dos o más personas, organizadas para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito o delitos que se cometan; de lo anterior se desprende, que en esencia se trata de los mismos elementos típicos, es decir, que una persona participe en una asociación o banda, que ésta se encuentre organizada para delinquir, o lo que es lo mismo que su finalidad sea cometer delitos, lo que evidentemente afecta a los bienes jurídicos de las personas o de la colectividad; por ende, debe considerarse que para que se acrediten los elementos típicos de la delincuencia organizada, deben seguirse las mismas reglas que requiere la asociación delictuosa.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 255/95. Nahúm Spíndola Ruiz. 5 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Bernardino Carmona León.

Novena Epoca
Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Febrero de 2000

Tesis: II.1o.P.76 P

Página: 1047

DELINCUENCIA ORGANIZADA. CONFIGURACIÓN DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El delito de delincuencia organizada (antes asociación delictuosa) previsto por el artículo 178 del Código Penal del Estado de México, tiene como elementos los siguientes: a) Que una persona tenga participación en una agrupación o banda organizada; b) Que la finalidad de ésta sea cometer delitos; y c) Que con lo anterior afecte bienes jurídicos de las personas o de la colectividad; en tal virtud cuando no existe elemento probatorio alguno que indique que la agrupación o banda estaba organizada, es decir, que tuviera un carácter más o menos permanente, con un régimen establecido y el fin de ejecutar diversos hechos delictuosos, por no advertirse la repetida actuación de sus integrantes en la ejecución de delitos indeterminados, es claro que no basta la participación conjunta de personas en la comisión de un delito para estimar que se actualiza el ilícito en comento, toda vez que de ser así se confundiría el delito con la coautoría.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 238/99. 2 de julio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes.

Amparo directo 287/99. 2 de julio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes.

"El objeto específico de la tutela penal en el delito de Asociación Delictuosa, es el interés de garantizar el orden público en sí mismo considerado, en cuanto particularmente se refiere a la pública tranquilidad (consistente en la ausencia de alarma o de conmoción en el público). La cual se turba y disminuye por el hecho de constituirse asociaciones con directo objeto para cometer delitos, aunque estos no se perpetren efectivamente, es algo contrario al orden público y es susceptible de la tutela penal (Mansini)".

"El análisis del precepto mexicano, poco explorado entre nosotros salvo los meritorios estudios de Emilio Pardo Aspe, revela como elementos los siguientes:

"1.- Participio en asociación o banda.- En su sentido lato, la palabra asociación significa toda reunión de personas con un fin determinado; pero en su sentido jurídico solo expresa el concurso organizado de varias personas para la consecución de un fin común. (Enciclopedia Española de Derecho y Administración). El concepto de banda implica cierto carácter permanente de la organización y cierta ordenación jerárquica de la misma para la ideación preparación y ejecución criminosas".

"Según nota Pardo Aspe, no deben confundirse los simples "acuerdos", "conciertos", y "entendimientos" plurales en la comisión de cualquier delito (formas de codeincuencia incluidas en el genérico artículo 13), con la asociación o banda organizada para delinquir, porque éstas implican como caracteres inseparables, distintivos y específicos, los de organización, estabilidad y permanencia".

"2.- Concurrencia de tres o más personas.- Este requisito, de simple limitación numérica, es suficientemente explícito y permite eliminar, en el Derecho mexicano, frecuentemente dudas doctrinarias; además, abandona los casos de participio bilateral a las normas generales del art. 13".⁹

Por otra parte, se ha dicho que dentro de esta organización, debe de existir una jerarquía entre los miembros que la forman y con el reconocimiento de una autoridad que recae sobre un jefe o jerarca de dicha organización; sin embargo, no se ha establecido que esta situación sea un

⁹ González de la Vega, Francisco.- "El Código Penal Comentado".- Editorial Porrúa, Séptima Edición.- México, 1985.- Pág. 282.

elemento esencial del tipo, desde luego basándonos en los diversos criterios existentes con relación a la Asociación Delictuosa”.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO

CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II, Febrero de 1995

Tesis: VI. 1o. 72 P

Página: 236

ASOCIACION DELICTUOSA, LA JERARQUIA ES ELEMENTO NECESARIO EN LA CONFIGURACION DEL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). *A diferencia de otras legislaciones, en la del Estado de Tlaxcala, paralelamente a la circunstancia de ser miembro de una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, es menester que se reconozca jerarquía entre sus miembros, por lo que a falta de este requisito aun cuando se den los otros, no se podrá válidamente sostener la existencia del ilícito.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 113/88. Cirilo López Cortez. 5 de julio de 1988.

Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: César Quirós Lecona.

Octava Epoca

INSTANCIA: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 68, Agosto de 1993

Tesis: I. 3o. P. J/1

Página: 29

ASOCIACION DELICTUOSA. CONFIGURACION DEL DELITO DE. *Para la configuración del delito de asociación delictuosa se requiere, además de la unión de tres o más personas, una permanencia indefinida y el propósito de delinquir, que exista una jerarquía entre los miembros que la integran o bien que las determinaciones se tomen de común acuerdo entre ellos.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1223/91. Ubaldo Reséndiz Ortiz. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Daniel J. García Hernández.

Amparo directo 1226/91. Guillermo Jesús Moncayo Bernal. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Daniel J. García Hernández.

Amparo directo 1229/91. Marco Antonio Nava Izaguirre. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Daniel J. García Hernández.

Amparo directo 1256/92. Olivia Núñez Franco. 16 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Amparo directo 1253/92. Petra Alemán Gutiérrez y otros. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO

CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI, Febrero de 1993

Página: 214

ASOCIACION DELICTUOSA. CUANDO NO SE CONFIGURA.

Para que se configure este ilícito, se requiere probar que se organizó una banda para delinquir, que el indiciado, mediante acuerdo previo, decidió formar parte de esa banda o asociación, integrada por lo menos por tres personas, con un régimen establecido, organizada más o menos en forma permanente y de manera jerarquizada, con el fin de ejecutar actos delictuosos en los que cada uno de los integrantes tiene señalada la actividad que debe desplegar. Luego, si de las manifestaciones de los acusados se desprende que sólo laboraban como empleados sujetos a un sueldo, y bajo la directriz de su patrón, es inconcuso que en tal hipótesis no se actualiza la figura delictiva de asociación delictuosa.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 250/92. Ernesto Alonso de Miguel y coagraviados. 13 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Romero Morill. Secretaria: Adelita Méndez Cruz.

Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia X.1o. J/11, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Tomo X, julio de 1999, página 705, de rubro "ASOCIACION DELICTUOSA, CONFIGURACION DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TABASCO)."

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA

PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 56, Agosto de 1992

Tesis: I.2o.P. J/39

Página: 35

ASOCIACION DELICTUOSA, CARACTER CONTINGENTE DE LA JERARQUIA EN EL DELITO DE. Ciertamente, en el delito de asociación delictuosa, previsto y sancionado en el artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, doctrinariamente se predica como elemento insito en su definición, el aspecto relativo a la jerarquía que debe existir entre sus tres o más miembros; sin embargo, no debe soslayarse que ésta es una cuestión contingente, la que puede o no existir, ya que lo fundamental es la prueba de la predisposición temporal indefinida de esa agrupación consistente en el "propósito de delinquir", lo que debe entenderse en el indeterminado tiempo de su fusión y a la persistente finalidad de continuar unidos para la comisión delictual.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 358/91. Tomás Chacón Chacón. 15 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Ariel Oliva Pérez.

Amparo directo 442/91. María Contreras Alvizo. 10 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 445/91. Jerónimo Bárbara Aguilar. 10 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 448/91. Abigail Paniagua Dueñas y otra. 10 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 1645/91. José de la Cruz Bolaños. 7 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Abril de 1992

Página: 438

ASOCIACION DELICTUOSA, LA JERARQUIZACION NO CONSTITUYE UN ELEMENTO ESENCIAL EN EL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON). La jerarquización no constituye un elemento esencial en el delito de asociación delictuosa, pues atendiendo a la definición que de tal sentido hace la ley, específicamente en el artículo 176 del Código Penal de la entidad. Por tanto, la jerarquización que se predica doctrinalmente respecto del delito de asociación es una cuestión contingente que puede o no existir, sin que importe, en consecuencia, para la configuración de este ilícito, que la formalidad en cuanto a la organización sea la escritura, que haya o no estatutos o que exista o no jerarquía y disciplina estatuidos; lo que importa es la

reunión indeterminada en lo que se refiere al tiempo de duración y el propósito de los miembros del grupo, de estar unidos para la comisión delictiva.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 164/90. Saúl Almícar Mejía Alonso. 4 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Secretaria: María Blanca Idalia López García.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO

CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Marzo de 1992

Página: 150

ASOCIACION DELICTUOSA. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Penal para el Estado de México, el ilícito de asociación delictuosa se integra al tomar participación en una banda dos o más personas, cuando aquélla está organizada para delinquir; no obstante lo anterior, también se requiere que exista un régimen determinado con el propósito de estar delinquirando de manera persistente y además subordinación de los componentes a un determinado jefe con el reconocimiento de la autoridad sobre ellos, en tal virtud, si no existe la comprobación de esos supuestos no puede considerarse integrado ese ilícito.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 276/90. Camilo Salas Alcántara y otros. 20 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Amparo directo 462/89. Jaime Leal Arellano. 30 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Lidia López Villa.

Reitera criterio de la Jurisprudencia 29/85. Segunda Parte.

Octava Epoca, Tomo IV, Segunda Parte-1, página 117.

Véase:

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, Tesis 29, página 75.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA

PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 422

Página: 243

ASOCIACION DELICTUOSA. CONFIGURACION DEL DELITO DE. Para la configuración del delito de asociación delictuosa se requiere, además de la unión de tres o más personas, una permanencia indefinida y el propósito de delinquir, que exista una jerarquía entre los miembros que la integran o bien que las determinaciones se tomen de común acuerdo entre ellos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 1223/91. Ubaldo Reséndiz Ortiz. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1226/91. Guillermo Jesús Moncayo Bernal. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1229/91. Marco Antonio Nava Izaguirre y otro. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1256/92. Olívia Núñez Franco. 16 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1253/92. Petra Alemán Gutiérrez y otros. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.3o.P./1, Gaceta número 68, pág. 29; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII-Agosto, pág. 142.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte TCC

Tesis: 422

Página: 243

ASOCIACION DELICTUOSA. CONFIGURACION DEL DELITO DE. Para la configuración del delito de asociación delictuosa se requiere, además de la unión de tres o más personas, una permanencia indefinida y el propósito de delinquir, que exista una jerarquía entre los miembros que la integran o bien que las determinaciones se tomen de común acuerdo entre ellos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 1223/91. Ubaldo Reséndiz Ortiz. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1226/91. Guillermo Jesús Moncayo Bernal. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1229/91. Marco Antonio Nava Izaguirre y otro. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1256/92. Olivia Núñez Franco. 16 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1253/92. Petra Alemán Gutiérrez y otros. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.3o.P./1, Gaceta número 68, pág. 29; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII-Agosto, pág. 142.

Como podemos apreciar de los criterios jurisprudenciales antes transcritos, la mayoría están de acuerdo en que debe de existir el orden jerárquico en los integrantes del tipo de Delincuencia Organizada, un reconocimiento de autoridad y subordinación entre sus miembros.

1.3.- REALIZAR EN FORMA PERMANENTE O REITERADA.-

Este elemento supone una permanencia en dicha organización o una actuación conjunta en forma repetitiva. "El dato de permanencia es inherente a la asociación delictuosa, e incluso a la organización criminal en su acepción clásica: el grupo se propone hacer del delito su ocupación sistemática; el profesional de la delincuencia - que frecuentemente aparece en el crimen organizado - pretende la comisión de crímenes en forma indefinida, sin término, o hasta que obtenga determinado objetivo, político o económico".

"En cambio la reiteración es apenas una repetición de cierta conducta; así, la reincidencia ya es reiteración aun cuando haya reiteraciones que alcanzan la condición de reincidencia en el sentido técnico penal de la palabra. Por ende, el acuerdo para cometer en forma organizada o la comisión

misma de dos delitos contemplados por la parte final del artículo 2 se ajusta al tipo de delincuencia organizada”.

“La jurisprudencia sobre asociación delictuosa podrá aportar luz sobre la condición de “permanencia”, que es uno de los supuestos considerados en la interpretación del tipo correspondiente. Empero, habrá necesidad de explorar los otros extremos de la delincuencia organizada *vis a vis* la asociación delictuosa: ésta puede ser permanente o transitoria; en cambio, la delincuencia organizada supone permanencia o simple reiteración, conceptos que ya comenté”.

“Será excesivo mostrar más complicaciones en el tipo que ahora analizo, pese a su redacción errónea o equivocada. Así una cosa es aludir a la organización “permanente” o al menos prolongada, y otra referirse a la realización “en forma permanente o reiterada”. Las imprecisiones pueden despejarse considerando por encima de la sinuosidades del tipo, que la nueva disposición ha querido para este fin, como las que sus autores ejecutan una sola vez, sin pretensión de reproducirlas o reiterarlas”. 10

No obstante lo anterior, creemos que el término permanencia, implica también el de reiteración y viceversa, pues no es posible cometer conductas reiteradas si esa organización no tiene a su vez una constancia, ni la repetición de conductas si a su vez no existe cierta organización constante de sus miembros; más aún si a lo expuesto agregamos que en dicha organización debe de existir una organización jerárquica, un reconocimiento de autoridad y

subordinación, ello implica desde luego una continuidad en la relación organizacional delictiva.

1.4.- COMETER ALGÚN OTRO DELITO.- El tipo de Delincuencia Organizada exige para su integración, que además se cometa alguno de los siguientes delitos:

Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal; Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

¹⁰ García Ramírez Sergio - Ob. Cit. Págs 94 y 95

"La iniciativa no se refería a tráfico de órganos, tráfico de menores y asalto, y aludía a las operaciones con recursos de procedencia ilícita como "lavado de dinero".

"El dictamen elaborado en la Cámara de Senadores incorporó en el texto final algunos supuestos que no se encontraban en la iniciativa; tales fueron los casos del tráfico de órganos, el asalto y el tráfico de menores. Así mismo, vale destacar que al aludir a los ilícitos que revisten naturaleza común, la iniciativa aludió expresamente los artículos 366 y 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero Común, y para toda la República en materia Federal. En cambio, para identificar los delitos del fuero local a la LFDO, la versión aprobada remitió tanto a los preceptos de este ordenamiento como a "las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales". Esta correspondencia debe entenderse referida a los preceptos que recogen los elementos esenciales de los tipos considerados por el Código Penal Federal (Asalto, Tráfico de Menores y Robo de Vehículos), aun cuando las denominaciones de aquellos sean diferentes. En cambio, no podría extenderse a mi juicio, a tipos designados en la ley local bajo los mismos nombres que utiliza la federal, pero integrados con elementos distintos que denoten una conducta ilícita esencialmente diversa de la reconocida por el LFDO".

"En la lista mencionada antes, no están incluidos ciertos delitos de suma gravedad que también es posible cometer en forma organizada y sistemática, - la práctica lo demuestra - y que afectan valores centrales de la vida social; tales son, entre otros, los casos de: Homicidio, Violación, Corrupción de Menores, Lenocinio, Tortura y Fraude, que también pueden ser

perpetrados sistemáticamente por organizaciones delictivas, dotadas de gran poder económico o de conexiones con la autoridad, y de medios que favorezcan tanto las actividades criminales como la sustracción a la acción de la justicia. Sin embargo, a ninguno de estos extremos es aplicable el conjunto de severas medidas penales y procesales que vienen a colación a propósito de la delincuencia organizada."

"La inclusión de delitos del orden común en la fracción V del artículo 2, así como las disposiciones contenidas en el artículo 3 acerca de la atracción de estos casos al conocimiento del Ministerio Público Federal - y de los órganos jurisdiccionales del mismo orden - plantean diversos problemas que examino en distintos lugares de este trabajo. Uno de ellos tiene que ver directamente con la tipicidad de la conducta de los responsables de delitos comunes que actúan bajo la forma de organización delictuosa; esto es, tres o más personas que se organizan para cometer en forma permanente o reiterada delitos (comunes) de asalto, secuestro o robo de vehículos".

"Sin perjuicio de lo que diré al ocuparme en el tema de la Federalización persecutoria, que abordo en este mismo capítulo, conviene observar que esta inclusión de delitos comunes trae consigo delicadas cuestiones a propósito de la Seguridad Jurídica y el principio de tipicidad penal si se sostiene que la delincuencia organizada es, necesariamente, un delito de orden federal. En efecto, la investigación, el procesamiento y la punición de órganos Federales de los individuos que se organizan para cometer secuestros, robos de vehículos o asaltos, solo ocurren cuando el M. P. Federal ejerce la facultad de atracción que le atribuye el segundo párrafo del artículo 3. En tal

hipótesis, se procesará a los agentes como responsables de Delincuencia Organizada y de o de los demás delitos cometidos. Ahora bien, ¿Qué ocurre si el M. P. Federal no ejerce la atracción? ¿ Solo se sancionará por los delitos comunes, o se podrá hacerlo además por delincuencia organizada en el supuesto de que esta figura se halle recogida por la Ley Penal local?"

"Si se insiste en que la delincuencia organizada es a *fortiori* un delito del orden Federal, nos hallaríamos ante una situación espinosa: Habría delitos federales " en potencia" y "en acto". La Delincuencia Organizada sería un delito en potencia mientras el M.P. Federal no ejerce la facultad de atracción, y se convertirá en un delito actualizado cuando aquel ejerza la facultad que le confiere la LFDO. Por supuesto, esta situación no resiste el análisis".¹¹

En efecto, resulta totalmente desafortunada la redacción que utilizó el legislador al señalar exclusivamente algunos delitos de los que probablemente consideró graves, no obstante dejó escapar gran número de delitos que indiscutiblemente generan un alto grado de peligrosidad, como lo es el Homicidio, la Violación, o que causan gran afectación al patrimonio como lo es el fraude. De ahí que podamos concluir que la redacción contemplada en el tipo de Asociación delictuosa, resulta más adecuada, en virtud de que se refiere sólo a la comisión

¹¹ . - Idem. - Pgs. 95-97

de delitos, sin hacer distinción alguna. Por cuanto hace a la facultad de atracción, nos ocuparemos en los capítulos subsecuentes.

2.- ESTUDIO DOGMÁTICO.- Una de las fórmulas mágicas para entender perfectamente un delito, resulta el estudio dogmático de éste, un estudio perfecto y completo a través de los elementos positivos y negativos del delito, por ello a continuación realizaremos el estudio dogmático del delito de Delincuencia Organizada.

2.1 CONDUCTA Y SU AUSENCIA.- El objeto del derecho es regular las conductas del hombre en sociedad y por ende sólo le interesa la conducta humana, pues éste el único capaz de conducir su conducta con voluntad y conciencia, así como de responder por su comportamiento.

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente de acción lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta”.

“Adviértase, además, que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión”.

"Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un a cambio en el mundo exterior, o que por no hacer, lo que se espera deja sin mudanza ese mundo extemo cuya modificación se aguarda".

"El acto es, pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado. Mas al llegar a este punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra usada por nosotros: la voluntariedad de la acción u omisión. No vamos a entrar aquí en el magno debate que consumió las fuerzas de penalidad y filósofos en la pasada centuria. Lejos de nuestro designio disputar sobre el libre albedrío o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión espontánea y motivada".¹²

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7º. Del Código Penal, la conducta puede presentarse por acción u omisión.

La acción, como primera forma de conducta es "todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación".¹³

Por su parte el maestro Carrancá y Trujillo nos explica la "acción stricto sensu o acto", diciendo "la conducta humana manifestada por medio de un

¹² - Jiménez De Asúa, Luis. - "La Ley y el Delito" - Tercera Edición.- Editorial Cárdenas - Buenos Aires - Pág. 210.

¹³ - Castellanos Tena, Fernando. - "Lineamientos Elementales del Derecho Penal". - Trigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa. S. A. - México 1993. Pág. 152.

hacer efectivo, corporal o voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto".¹⁴

Al respecto el penalista Celestino Porte Petit, advierte: "la acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género conducta. La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un "tipo de Prohibición".¹⁵

Los reconocidos maestros Francisco Pavón Vasconcelos, Franco Guzmán, Eugenio Florian, y Eugenio Cuellos Calón, entre otros, hacen una diferenciación entre los elementos del Hecho, dicen que son tres: conducta, nexo causal y resultado material. Por su parte el jurista Edmund Mezguer, señala: "son tres los elementos de la "acción stricto sensu": a).- un acto volitivo (que se encuentra en la psique del sujeto). B) un movimiento corporal externo, c) una relación de causalidad. Mezguer no considera al resultado como elemento esencial de la acción, ya que indica, que solo existirá un resultado posterior al acto de voluntad y al movimiento corporal, en tanto no se trate de un delito de simple actividad".¹⁶ Como se puede apreciar, el maestro no distingue entre delitos de resultado formal y delitos de resultado material.

La segunda forma de la conducta o la "acción lato sensu", puede ser de dos forma: omisión simple y comisión por omisión, esto es omisión propia

¹⁴ - Op. Cit. Pág. 277.

¹⁵ - Op. Cit. - pág. 235

¹⁶ - "Derecho Penal" (Parte General) - Primera Edición. Editorial Cárdenas. Traducida por Ricardo C. Niñez, México. 1985

y omisión impropia. El maestro Carlos Fontán Balestra, nos dice que para distinguir entre acción y omisión, es necesario atender a la norma que se viola, "si es prohibitiva, la conducta que la quebranta es una acción; si es impositiva es violada por una omisión".¹⁷

La omisión simple o de mera conducta es un no hacer voluntario o involuntario, violando una norma prescriptiva y produciendo un resultado típico. Para ser responsable de este tipo de delitos, es necesario tener la calidad de garante, esto es tener la obligación de actuar, clásico ejemplo lo es el caso de la madre que no amamanta a su hijo recién nacido por olvido, y éste muere.

La omisión impropia o Comisión por Omisión es también un no actuar voluntario, teniendo la obligación de hacerlo, por encontrarse investido de la calidad de garante, pero se distingue de la omisión simple en que aquí el sujeto activo no actúa con la finalidad de obtener un resultado; esto es ahora la madre no amamanta a su hijo recién nacido, pero a sabiendas y con el propósito de que éste muera.

Ahora bien el delito de Delincuencia Organizada, es indiscutiblemente un delito de acción, en donde ésta consiste en el propósito de organizarse o integrarse a otros sujetos, para cometer alguno de los delitos que establece el numeral 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

¹⁷.- "Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 475.

La Ausencia de Conducta, aspecto negativo de la conducta, no se refiere precisamente a que no haya conducta, sino que ésta no es consciente ni voluntaria.

"Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración al delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad".¹⁸

La fracción I del artículo 15 del Código Penal, señala como causa de exclusión del delito: "incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias". Esto se puede presentar cuando el sujeto activo se encuentra bajo el influjo del sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, los actos reflejos, los estados de inconsciencia transitorios involuntarios o bien por encontrarse obligado por una *Vis absoluta* o una *Vis maior*.

En la *Vis absoluta* o fuerza exterior irresistible, "de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos extremos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella".¹⁹

¹⁸ - Pavón Vasconcelos, Francisco. - "Manual de Derecho Penal Mexicana". - Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A. - Méxco, 1985 - Pág. 254.

¹⁹ - Semanario Judicial de la Federación. XCIII, pág. 2018.

La vis maior o fuerza mayor, deriva de la naturaleza, es una fuerza que se presenta en la naturaleza o en seres irracionales, pongamos como ejemplo un terremoto, un rayo, etc.

En nuestra opinión, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, los actos reflejos y los estados de inconsciencia transitorios involuntarios y la vis maior o fuerza mayor, no es posible que se presente en la Delincuencia Organizada, puesto que para permanecer en tal organización, es necesario tener voluntad y conciencia, pero por lo que hace a la fuerza física o vis absoluta, no es posible negarla del todo, en virtud de que es por todos conocidos que aquél que por cualquier circunstancia y aún en forma involuntaria, se ve involucrado en una organización delictiva sobre todo dedicada al narcotráfico y posteriormente, o al darse cuenta de la actividad que lleva a cabo dicha organización, pretende salir de ella, equivale a perder la vida propia e incluso la de su familia, bajo circunstancias de suma crueldad, recordemos aquel caso de un conocido narcotraficante que recibió en un paquete la cabeza degollada de su esposa.

2.2.- TIPICIDAD Y CAUSAS DE ATIPICIDAD.- El tipo es un supuesto conductual sancionado por las leyes penales, esto es, el tipo supone conductas que de realizarse traerán como consecuencia una sanción penal.

"Podemos, pues, definir el tipo como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada

para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas. Es verdad que Moro critica la concepción descriptiva del tipo por considerar que es imposible e ilógico separar su contenido meramente formal del valor sustancial de la conducta que él encierra; pero lo que ocurre es que el ilustre autor refunde un uno de los fenómenos diversos: el de la tipicidad, que surge en el momento mismo en que le legislador normativiza aquel comportamiento humano que, a su juicio, lesiona o pone en peligro intereses sociales dignos de tutela penal, y el de la antijuridicidad, que emerge solo cuando el Juez valora en concreto la conducta de un hombre y deduce que ella vulnera los bienes jurídicos penales protegidos. Podríamos, pues, decir que si bien la antijuridicidad subyace en el fondo del tipo, únicamente adquiere relevancia cuando realizado el hecho penalmente descrito, el Juez emite sobre él un juicio de desvalor. Queda claro, en todo caso que la antijuridicidad y la culpabilidad no son elementos del tipo, si bien lo suponen, ya que resulta inútil hablar de una conducta atípica o de una culpabilidad sin tipicidad".²⁰

En efecto, la finalidad principal del Estado en el ámbito penal, es conservar el orden social y tutelar los valores más importantes para el hombre, por ello, se crean tipos o como los hemos llamado, supuestos conductuales y les impone una sanción en cumplimiento a la prevención general e individual.

Existe una infinidad de conceptos y definiciones de tipo, por lo que sólo transcribiremos algunas de ellas:

²⁰ - Reyes Echandía, Alfonso - "Tipicidad".- Editorial Temis, Quinta Edición.- Bogotá Colombia, 1989.- Págs. 7 y 8

El maestro Jiménez de Asúa nos dice: "Tipo, es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".²¹

El ilustre penalista Francisco Pavón Vasconcelos, opina que el tipo es: "La descripción concreta hecha por la ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".²²

Por su parte el catedrático Jiménez Huerta define al tipo como: "Una descripción de conducta que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible".²³

En realidad, todas las definiciones coinciden en que el tipo describe una conducta, tutela un bien jurídico, trae implícita a la antijuridicidad y a la culpabilidad, y desde luego prevee una pena o sanción.

Los tipos suelen clasificarse en:

²¹ - Ob. Cit. Tomo III. - Pág. 745

²² - "Nociones de Derecho Penal Mexicano" - Parte General. - Tomo II. - Editorial Instituto de Ciencias Autónomas, México, Zacatecas. 1964 - Pág. 15

²³ - "La Tipicidad" - Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1955 - Pág. 15

Tipo Básico o Fundamental.- Es aquél que tiene vida propia, que no requiere de ningún otro tipo para subsistir.

Tipo Especial.- Son aquéllos que describen conductas referentes a un tipo básico o fundamental, pero agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquél.

Tipo Subordinado o Complementarios.- Son aquéllos que para subsistir requieren de un tipo básico o fundamental ya que complementan a aquél y pueden ser cualificados, privilegiados o atenuados.

Tipos de Formulación Libre.- Aquellos que no señalan una forma específica de comisión, es decir, que pueden cometerse de infinidad de formas.

Tipos de Formulación Estricta.- Son aquéllos que describen y exigen una forma específica de comisión.

Tipos de Peligro o Formal.- Son aquéllos que no tienen una verdadera afectación del Bien Jurídico Tutelado, basta que corren un riesgo o peligro.

Tipos de Resultado Material.- Los que para su configuración requieren de una verdadera afectación del Bien Jurídico Tutelado, un daño que pueda apreciarse con los sentidos.

Tipos Complejos.- Son aquellos que unen dos o más tipos para su punición o sanción.

Tipos Unisubjetivos.- Resulta indiferente el número de participantes, es decir, pueden ser uno o varios los que intervengan en la comisión del delito.

Tipos Plurisubjetivos.- Son aquellos que para su configuración requieren de la participación de dos o más sujetos.

Debemos hacer la aclaración que esta es la clasificación más común de tipos, puesto que de ellas, algunos autores reclasifican otros tantos; no obstante, consideramos que en base a esta clasificación podemos establecer plenamente las características del tipo de Delincuencia Organizada.

A nuestro parecer, el tipo de Delincuencia Organizada es un tipo Subordinado, en virtud de que con el simple acuerdo de organizarse dos o más sujetos, no se configura esta figura típica, sino que además requiere que ese acuerdo sea con la finalidad de cometer algún o algunos de los delitos que señala el numeral a estudio.

Es un tipo de formulación estricta o referenciado, toda vez que exige, en primer lugar, la reunión de dos o más personas, que estas personas se organicen y acuerden realizar alguno de los delitos que señala el propio numeral, es decir, especifica la forma de comisión.

Es un delito de resultado formal, ya que pretende tutelar la seguridad social, misma que se pone en riesgo al reunirse dos o más personas para delinquir.

Finalmente es un tipo plurisubjetivo, en virtud de que su texto exige la participación de dos o más sujetos.

Con base a lo anterior, podemos señalar que las causas de Atipicidad serían: Que sea una sola persona la que interviene en la comisión del delito, de esta forma al eliminarse la "reunión" estaremos en una causa de atipicidad.

La segunda causa de atipicidad sería: Que esa reunión no sea con la finalidad de cometer alguno de los delitos que establece el mismo numeral, ya que si esa reunión se da con la simple intención de delinquir, y no es para realizar las conductas delictivas que detalla el precepto, tal vez podría configurarse una Asociación Delictuosa, pero no una Delincuencia Organizada.

2.3.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN.- La Culpabilidad, elemento subjetivo del delito, tal vez sea el elemento y tópico penal más estudiado por los especialistas en la materia, por tal razón existen un si fin

de conceptos respecto a la Culpabilidad, en tal virtud, solo procederemos a exponer algunos de ellos.

El maestro Sergio Vela Treviño, nos dice que la culpabilidad es: "El resultado del Juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".²⁴

Don Alfonso Reyes, eminente penalista colombiano, llega a la conclusión de que la Culpabilidad "es la actitud conciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente".²⁵

El maestro argentino Alfredo Orgaz, comulgando con el concepto emitido por Von Thur A. Maniessa que la culpabilidad es: "una conducta espiritual del agente, desaprobada por la ley".²⁶

Por su parte el maestro Eugenio Cuello Calón, señala que la culpabilidad es un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.²⁷

El maestro mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, concluye que la culpabilidad "es la concreta capacidad de imputación legal declarada

²⁴ - "Culpabilidad e Inculpabilidad" - Primera Edición, Edit. Trillas - México, 1977. - Pág. 200.

²⁵ - "La Culpabilidad" - Primera Reimpresión - Edit. Universidad Externado de Colombia - Colombia, 1979 - Pág. 40.

²⁶ - "La Culpa" - Primera Edición - Ediciones Lener, Buenos Aires, Argentina, 1970. - Pág. 40.

jurisdiccionalmente, por no haber motivo de exclusión con relación al hecho de que se trate"²⁸

Finalmente, Fernando Castellanos Tena, nos dice:
"Consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".²⁹

Es menester señalar, que tanta diversidad de conceptos de Culpabilidad se debe a la existencia de diversas teorías que existen del delito, en un tiempo las principales fueron las Psicológicas o Psicologismo y la Normativa o Normativismo que en la actualidad constituyen el Causalismo y la más reciente lo es el Finalismo, por lo que a continuación daremos algunos conceptos de cada una de estas teorías, debiendo aclarar que la que actualmente adopta nuestro sistema Punitivo, son las finalistas.

La Teoría Psicológica ha sido defendida fervientemente por Sebastián Soler, según este autor argentino, "la culpabilidad está integrada por dos elementos:

1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad".

²⁷ - "Derecho Penal".- Tomo I, Parte General - Novena Edición, Editorial Nacional Edinal S. De R. L. - México, 1961 - Pág. 358.

²⁸ - Ob. Cit. Pág. 227.

“Resumiendo la tesis psicológica, puede decirse que según ella habrá culpabilidad jurídica cuando pueda establecerse una relación subjetiva en el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente”²⁹

El maestro Sebastián Soler, sin negar la existencia previa de un tipo, es decir una valoración normativa, le atribuye a ella una naturaleza psicológica. No obstante la Culpabilidad debe de requerir la antijuridicidad, toda vez que el sujeto al querer el resultado ilícito penal está contraviniendo la ley. El violar alguno de los mandamientos religiosos, no significa que no exista la culpa, de hecho la hay, pero ésta no está sancionada ni regulada por el derecho, de ahí, que para que exista la culpabilidad debe presentarse una conducta típica, antijurídica y por consiguiente culpable. Por otra parte, el apotegma tan conocido en nuestro ámbito “la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento”, es fundamental, de ahí que cuando el sujeto activo del delito realiza su conducta y tenga duda o ignorancia de que la misma sea antijurídica, no se liberará de ser culpable.

La Teoría Normativa, se debe al jurista alemán Reinhard Frank, “para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos,

²⁹ .- Ob. Cit. Pág. 232.

sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y carácter del sujeto, se demuestra que podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es Derecho. En suma, la concepción normativista se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caractereología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia".³¹

Para la Teoría Finalista, "la culpabilidad es estricta, pero indiscutiblemente un juicio de reproche a la acción finalista típica, coincidiendo con Frank en que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa".

"Welzel acepta el postulado de la teoría normativa de la culpabilidad como "reprochabilidad".³²

Los elementos de la culpabilidad para la Teoría Finalista son:

a).- La Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es decir la capacidad en el sujeto activo del delito de querer, entender y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

b).- El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, entendido por antijuridicidad, la violación a las normas de conducta que rigen a

³⁰ - Vela Treviño, Sergio.- Op. Cit. Pág 181.

³¹ - Jiménez de Asua, Luis.- Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Primera Edición, Edit. Losada, Buenos Aires 1956.- Pág. 164.

³² - Orellana Wiarco, Octavio Alberto - "Teoría del Delito".- Tercera Edición, Editorial Porrúa. S. A. - México, 1996.- Pág. 117.

una sociedad en un tiempo y en lugar determinado, y que son reconocidas por el Estado, puesto que su violación acarrea una pena o sanción.

c).- La exigibilidad de un comportamiento distinto al emitido. Entendido como la capacidad de haber actuado jurídicamente, apegado a derecho.

Las formas de culpabilidad, encuentran su fundamento en el artículo 8º. Del Código Penal que a la letra dice: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

Por su parte el numeral 9º. De dicho ordenamiento punitivo nos define estas formas de culpabilidad al decir: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Una vez realizado el estudio del elemento subjetivo del delito denominado culpabilidad, estamos en posibilidades de afirmar que el delito de Delincuencia Organizada es DOLOSO, en virtud de que los sujetos que deciden organizarse o reunirse para delinquir, quieren y aceptan el resultado.

Es evidente que las causas de inculpabilidad serán aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, esto es, la imputabilidad o carencia de la capacidad de conocer el injusto y el hecho de no podersele exigir al autor una conducta distinta a la emitida.

Por lo que hace a la inimputabilidad, solo es menester señalar que los inimputables, es decir los menores de edad (en la gran mayoría de las entidades, menores de dieciocho años y en algunos Estados de la República, como Michoacán dieciséis años) y los enfermos mentales no son sujetos de Derecho Penal y por tanto no cometen delitos, sino infracciones, aplicándoseles solo medidas de seguridad y no penas.

No obstante, si un menor forma parte de la Organización formada con el propósito de delinquir, junto con otros dos sujetos adultos, en nuestra opinión, debe acreditarse el elemento numérico del tipo, ya que el delito de Delincuencia Organizada, fue constituido con el único fin de que la reunión de varias personas disminuye indiscutiblemente las posibilidades de defensa.

Por lo que hace al conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, este elemento puede destruirse ante la presencia de un error de prohibición, mismo que se encuentra previsto en la fracción VIII inciso b) del artículo 15 de nuestro Ordenamiento Punitivo y que reza: "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: . . . b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta"; sin embargo, esta causa de exclusión del delito, no es posible encontrarla en la Delincuencia Organizada,

en virtud de que el tipo a estudio exige el dolo específico de reunión, acuerdo y organización para delinquir.

En lo tocante a la inexigibilidad de otra conducta, es cuando en algunas circunstancias sumamente extremas, no es posible exigirle al sujeto una conducta distinta a la emitida; ello se puede presentar ante un Estado de Necesidad, en el que el sujeto sacrifica un bien menor, para salvaguardar un bien mayor o el propio del ajeno, y que se encuentra previsto en la fracción V del numeral y ordenamiento punitivo antes invocado; o bien considerando un estado de peligro real, grave, inminente, que no pueda exigirse otro medio adecuado para evitar el mal que se le pueda causar, prevista igualmente en dicho precepto y conocido como Legítima Defensa; también operaría en el caso de un miedo grave o temor fundado o bien cuando el sujeto se encuentra bajo un error por suponer que su conducta se encuentra justificada.

Esta causa de exclusión del delito, en nuestra opinión, es posible encontrarla en la Delincuencia Organizada, en virtud de que es conocidos por todos que en muchas ocasiones aquellos que pertenecen a una banda, por necesidad o por error, posteriormente no pueden abandonarla, porque ello implica la propia muerte o la de su familia.

2.4.- PUNIBILIDAD Y EXCUSA ABSOLUTORIAS.- En forma por demás clara y correcta el maestro Alfonso Reyes conceptúa a la punibilidad como "un fenómeno jurídico que emana del Estado como reacción a

comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delito o contravenciones y que se manifiestan en dos momentos: el legislativo, por medio del cual se crea la sanción y el judicial, que cumple la tarea de imponer en concreto".³³

Desde el punto de vista de la noción jurídica substancial del delito, la importancia de la pena o sanción penal en un delito, radica en que una conducta sólo se considera como delictuosa cuando sea sancionada por las leyes penales, pues una norma penal no sancionada, caería en ser solo una guía de conducta que cualquiera podría violar.

Por lo anterior, la reacción punitiva de nuestro Estado, ha generado una pena para la Delincuencia Organizada, estableciendo en el artículo 4º. De la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

"Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

I.- En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley.

a).- A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

³³ - "La Punibilidad" - Primera Edición - Edit. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia - Colombia, 1978 - Pág. 8.

b).- A quienes no tengan las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II.- En los demás delitos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley:

a).- A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b).- A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa”.

“En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

Las excusas absolutorias, que son el aspecto negativo de la punibilidad, son circunstancias que conciernen a la persona del autor, que hace que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna; son excenciones de pena que establece el propio legislador, por causas de utilidad pública, es decir en virtud de considerar que la aplicación de la pena no cumple con el principio de utilidad o por estar debidamente fundado que se haría mayor daño aplicando pena, que no aplicándola.

En la Delincuencia Organizada, no existe contemplada ninguna Excusa Absolutoria.

3.- VARIANTES DEL DELITO.- Hemos creído prudente denominar Variantes del delito a aquellas diversas formas en que puede presentarse el delito, tales como tentativa, resultado, concurso de delitos y bien jurídico tutelado.

3.1.- TENTATIVA.- El artículo 12 del Código Penal nos establece que "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

El delito de Delincuencia Organizada, es un delito que no puede presentarse en tentativa, en virtud de que el propio tipo exige para su configuración un simple acuerdo de organizarse o bien organizarse en sí, para cometer alguno de los delitos que exige el artículo 2º. De la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

3.2.- RESULTADO.- El resultado es la afectación o puesta en peligro del Bien Jurídico tutelado, esa afectación puede presentarse, de acuerdo a las diversas fracciones del artículo 7º. Del Código Penal en:

"I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

"II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

"III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal".

El artículo 2º. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, establece: "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiteradas conductas por si o unidas a otras . . ."

Pues bien esa organización exige una permanencia, luego entonces el delito de Delincuencia Organizada es un delito Permanente o continuo.

Por otro lado, el resultado suele clasificarse en material y formal, será material cuando la afectación del bien jurídico tutelado la podemos apreciar con los sentidos, y formal cuando no es posible apreciarlo con los sentidos,

necesitan de una valoración o bien basta con el peligro o riesgo corrido por el bien jurídico tutelado, luego entonces, en base a lo anterior, debemos de afirmar que el delito de Delincuencia Organizada, es de resultado formal, en virtud de tratarse de un delito de peligro.

3.3.-CONCURSO DE DELITOS.- Por propia disposición del artículo 2º. De la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el ilícito a estudio solo y exclusivamente formará concurso de delitos con:

I.- Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II.- Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III.- Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV.- Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V.- Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales".

Fuera de estos delitos, no podrá tener concurso de delitos con otros, pues en dado caso se daría el de Asociación Delictuosa, ilícito con el cual tampoco puede concursar.

3.4.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.- Debemos entender por Bien Jurídico Tutelado aquél interés que se pretende proteger con la creación de un tipo es el "objetivo natural: preservar, mediante la amenaza y la imposición de la pena, los bienes más relevantes de la existencia social, concebida como marco indispensable para el desenvolvimiento de la vida humana. Un régimen político racional, proyectado hacia el terreno de los delitos y las penas, y por ello transfigurado en régimen penal racional, no pretende considerar como delito todas las contravenciones a las normas existentes, ni sancionar con penas, por lo tanto, a quienes incurrir en ellas. Sólo las desviaciones más graves, las

verdaderamente insoportables por la lesión que producen o el peligro que generan, deben ser miradas y tratadas como delitos. En otras palabras, en una sociedad democrática –o mejor dicho, conducida por la orientación humanista: el hombre y su dignidad por una orientación humanista : el hombre y su dignidad como eje de la existencia y razón del poder- prevalece el principio de mínima intervención indispensable para proteger los bienes jurídicos de mayor importancia.

Interesa tomar en cuenta ahora esas consideraciones sobre los bienes tutelados por los tipos penales. Siempre –o casi siempre, dicho sea con cautela- se ha tutelado (eso es la buena fama, prestigio, como dice el moderno CP de Morelos al colocar difamación y la calumnia bajo el rubro de "Delitos contra el Prestigio", y el de Tabasco, cuando se refiere, en las mismas especies a "Delitos contra la buena fama"). A esos bienes hay que añadir otros, que surgen en y para la convivencia , bajo las circunstancias, siempre dinámicas, que apareja el desarrollo. Es así que el derecho penal acude a proteger la seguridad internacional, la economía general (nacional o mundial), el medio ambiente, la propiedad inmaterial, la salud colectiva".

"En todos esos casos, puede y suele haber actividad lesiva de organizaciones criminales. El terrorismo afecta o puede afectar la seguridad internacional, que también el narcotráfico lesiona o pone en peligro; este mismo constituye un problema de suma gravedad para la salud colectiva. La delincuencia organizada deteriora la buena marcha de la economía general y daña la particular de quienes participan en las relaciones económicas; igualmente puede menoscabar los derechos derivados de la propiedad

inmaterial. Determinadas conductas ilícitas atentan contra la salud del ambiente y por esta vía comprometen el bienestar de los pueblos y el futuro de la humanidad. Los secuestros sistemáticos, con propósito de lucro, afectan la libertad personal de los secuestrados y la paz pública, etcétera”.

“En la codificación penal es costumbre agrupar los tipos en función de los bienes jurídicos tutelados. Por lo que hace a los que se relacionan con la delincuencia organizada, solo recordaré que el narcotráfico (producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos) figura bajo el rubro de los delitos contra la salud; las asociaciones delictuosas (antecedente y “quintaesencia” de la delincuencia organizada), entre los ilícitos contra la seguridad pública; la falsificación y alteración de moneda, como falsedad, es decir, entre los delitos que vulneran la certeza o confianza en determinados instrumentos del intercambio económico; el secuestro y el tráfico de menores se encuentran en el título sobre privación de libertad y otras garantías, y el robo de vehículos, bajo el rubro de ilícitos en contra de las personas en su patrimonio. Otros delitos vinculados con la organización criminal atienden a los propósitos servidos por las leyes respectivas en materia de armas, salud o población”.

“Conviene tomar en cuenta los objetivos manifestados por la iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que no fueron recogidos en el texto aprobado, aunque se hallan en la base de éste. Dijo el artículo 1 del proyecto que las disposiciones de la ley atendían a la “finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación”. Se observa, pues, que el régimen específico en esta materia ha trascendido -aunque no descartado- los bienes que tradicionalmente fueron

considerados en la elaboración de tipos delictivos que hoy se relacionan con las actividades de la delincuencia organizada, inclusive el que formalmente se halla más cerca de éste, la asociación delictuosa".³⁴

En efecto, el bien jurídico tutelado por el delito de Delincuencia Organizada, lo constituye la Seguridad Pública, en todos sus aspectos, libertad, soberanía, economía, en fin, todos y cada uno de los objetos jurídicos de los delitos que han de cometerse con acuerdo al artículo 2º. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

³⁴ - García Ramírez, Sergio - Ob. Cit. Pág. 11 y 12.

CAPITULO TERCERO.

CONCURSO APARENTE DE NORMAS CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA.

1.- Asociación Delictuosa. 1.2.- Elementos. 1.2.1.- Formar parte de una asociación o banda. 1.2.2.- Elemento numérico del sujeto activo. 1.2.3.- Propósito de Delinquir. 2.- Principios para resolver el Concurso Aparente de Normas. 2.1.-Principio de Subsidiariedad. 2.2.-Principio de Alternatividad. 2.3.- Principio de Consumción o Absorción. 2.4.- Principio de Especialidad. 3.- Solución al Concurso Aparente de Normas.

Una vez realizado el estudio dogmático del delito de Delincuencia Organizada, resulta prudente realizar el correspondiente de Asociación Delictuosa, ello a efecto de poder establecer las similitudes o diferencias que existen entre estas dos figuras típicas y poder apreciar si entre ellos existe un concurso aparente de normas y tras el estudio de los diversos principios para la resolución de estos conflictos, verter una opinión tendiente a resolverlo.

1.- **ASOCIACIÓN DELICTUOSA.**- El delito de Asociación Delictuosa, se encuentra previsto en el artículo 164 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

"Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir, se le impondrá, por el solo hecho de ser miembro de la asociación, prisión de cinco a diez años, y de cien a trescientos días multa".

"Si el miembro de la asociación es o ha sido servidor público o miembro de una empresa de seguridad privada, la pena a la que se refiere el primer párrafo se aumentará en una mitad más y se impondrá además, en su caso, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro".

"Cuando la asociación o alguno de sus miembros, utilice a menores de edad o incapaces para delinquir, la pena a que se refiere el primer párrafo se aumentará en una mitad".

"Se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres personas o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos".

Como se puede apreciar de la redacción del anterior numeral, la Asociación Delictuosa es una organización o reunión de personas, con el propósito de delinquir, aquí se sanciona simplemente el hecho de pertenecer a una asociación o banda conformada por tres o más personas; siempre y cuando esta banda o asociación sea conformada con el propósito de delinquir.

"El objeto específico de la tutela penal en el delito de Asociación Delictuosa, es el interés de garantizar el orden público en sí mismo considerado, en cuanto particularmente se refiere a la pública tranquilidad (consistente en la ausencia de alarma o de conmoción en el público), la cual se turba y disminuye por el hecho de constituirse asociaciones con directo objeto delictuoso. La simple existencia de una asociación formada para cometer delitos, aunque estos no se perpetren efectivamente, es algo contrario al orden público y es susceptible de la tutela penal (Manzini)".³⁵

En efecto, el delito de Asociación Delictuosa, debe ser comprendido como un delito de los denominados de peligro, pues si bien es cierto que para su constitución se requiere que la organización o reunión de tres o más personas, sea con el propósito de delinquir, es decir, con finalidades criminosas, no se requiere como elemento típico del mismo, el que efectivamente se cometa un delito: esto es, que exista un resultado material, así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia:

"ASOCIACIÓN DELICTUOSA, AUTONOMIA DEL DELITO DE.- El delito de asociación delictuosa es un delito per se, independientemente de los delitos que para su realización hayan concertado los asociados, es decir, el delito se consuma por la sola participación en la asociación o banda y no en los hechos punibles concretos que la misma lleve a cabo, pues se trata de un delito de peligro, abstracto y doloso".

³⁵ - González de la Vela, Francisco.- "El Código Penal Comentado" - Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1985.- Pág. 282.

Martínez. Amparo directo 5608/73. Juana González García y María Gutiérrez

2 de mayo de 1974. 5 votos.

Ponente: Manuel Rivera Silva.

Séptima Época: Vol. 65, Segunda Parte, Pág. 13.

Precedente:

Séptima Época: Vol. 61, Segunda Parte, Pág. 39

1.2.- ELEMENTOS.- Del análisis del tipo de Asociación Delictuosa, es posible desprender los siguientes elementos: Formar parte de una asociación o banda, Elemento numérico del sujeto activo y un Propósito de Delinquir, de los cuales a continuación realizaremos un estudio.

1.2.1.- FORMAR PARTE DE UNA ASOCIACIÓN O BANDA.- La palabra Asociación, partiendo de un sentido lato, tiene como significado la reunión de personas con un fin determinado; si la analizamos desde un sentido jurídico, podemos afirmar que es un concurso organizado de varias personas para la consecución de un fin común.

Por su parte, debemos entender por Banda, una reunión que implica cierto carácter permanente de organización en la cual existe una ordenación con jerarquías para la ideación, preparación y ejecución de un delito.

Esta Asociación o Banda, no debe ser confundida con el simple acuerdo, concierto o entendimiento a que hace referencia el artículo 13 del Código Penal vigente, es decir, con los grados de participación, ya que en la Asociación o Banda es necesario la existencia de una permanencia una estabilidad de los miembros que la integran.

"ASOCIACIÓN DELICTUOSA, CONCEPTO DEL DELITO

DE.- El delito de asociación delictuosa se integra por el hecho de tomar participación en una banda de tres o más individuos, organizada para delinquir, cuando en ella existe jerarquía entre los miembros y el reconocimiento de una autoridad entre sus componentes".

*Amparo Directo 3751/80.- Oscar Montaña Romero.
6 de marzo de 1981.
Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.
Séptima Época: Vols. 145-150
Segunda Parte, Pág. 33*

"Asociación DELICTUOSA, ELEMENTOS DEL DELITO

DE.- Los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa son: a).- Ser miembro om participante en una asociación o banda de tres o más personas, mínimo, incluyendo al propio agente; b).- Que en la asociación o banda medie la determinación de cometer diversos delitos; c) .- El propósito de permanecer dentro de la asociación para continuar unidos sus integrantes en la comisión delictiva, y d).- La existencia de la jerarquización como forma disciplinaria del grupo, aunque no constituya éste un requisito de esencia".

*Amparo directo 1202/72. Javier Castillo Zamarrpa.
27 de julio de 1972.
Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.*

Séptima Época: Vol. 43, Segunda Parte, Pág. 14

"Asociación DELICTUOSA, ELEMENTOS DEL DELITO DE.-

Los elementos materiales del delito de asociación delictuosa son la existencia de un grupo de personas que se reúnen con carácter más o menos permanente, con el firme propósito de delinquir, y en forma organizada; de manera que si la reunión de los agentes es ocasional, o sea transitoria, y tampoco se advierte que reconozcan a alguno de ellos, la jerarquía o mandato como jefe de banda, sus actividades ilícitas no integran el delito en cuestión".

*Amparo directo 5117/79. Hector Durán López y otro.
9 de junio de 1980.
Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Mario G. Rebolledo F.*

*Séptima Época: Vols. 133-138, Segunda Parte,
Pág. 14.*

Precedentes:

Séptima Época: Vol. 10, Segunda Parte, Pág. 13

Séptima Época: Vol. 15, Segunda Parte, Pág. 14

Séptima Época: Vol. 43, Segunda Parte, Pág. 14

"Asociación DELICTUOSA, JERARQUIA EN EL DELITO DE.- Tratándose de asociación delictuosa, la falta de permanencia de una persona como jefe de la banda no viene a establecer que la misma careciera de él al cometerse cada uno de los actos delictuosos en que sus integrantes tomaban parte, si el miembro que planeaba cada delito tenía jerarquía sobre los demás integrantes, lo que es suficiente legalmente para tener por comprobado el cuerpo del delito de asociación delictuosa".

*Amparo directo 3441/74. J. Jesús Ramírez Montejano.
21 de noviembre de 1974.
Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.*

Séptima Época: Vol. 71, Segunda Parte, Pág. 21.

1.2.2.- ELEMENTO NUMÉRICO DEL SUJETO ACTIVO. - El ilícito a estudio, requiere para su configuración la concurrencia de tres o más personas, este requisito resulta ser de simple limitación numérica, pues en caso de no cumplirlo, pues simplemente se aplicarían las reglas de la participación.

No obstante lo anterior, debemos manifestar, como lo hicimos en el estudio de la Delincuencia Organizada, que a nuestro parecer, si con un adulto participa uno o dos menores, debemos entender que se acredita el requisito numérico que exige la Asociación Delictuosa, tratándose entonces, también de un tipo de los llamados plurisubjetivos.

1.2.3.- PROPÓSITO DE DELINQUIR.- "El fin común de la asociación o banda es precisamente la comisión de delitos. El requisito de organización permite insistir en la existencia de un propósito o finalidad criminal integral: "Ajuste de órganos cuyo trabajo está invariablemente sujeto al plan preestablecido y caracterizado también por lo "estable", por lo "permanente" (E. Pardo Aspe)".

"El C. P. De 1871 limitaba las asociaciones delictuosas a las formadas para atentar contra las personas o la propiedad; nuestra moderna ley, no establece distinciones para darle mayor extensión a los objetivos perseguidos por los asociados; sus formas frecuentes serán las organizaciones para delinquir contra el patrimonio, contra las personas, contra la salud (comercio de enervantes), las asociaciones terroristas y las de tratantes de blancas (lenocinio)".

"Nótese que la represión del caso de asociación delictuosa se realiza con independencia de que los daños delictivos objeto de la misma, lleguen a consumarse; se trata de una norma a título preventivo, por el simple peligro que representa la existencia del concierto organizado".³⁶

Resulta indispensable destacar, que aquélla persona que pertenezca a una asociación delictuosa, debe estar conciente de la finalidad de dicha organización, así como del reconocimiento de la organización jerárquica existente en ella. En otras palabras, existirá el dolo específico de pertenecer a un grupo de personas cuyo propósito o fin es el cometer delitos; tal y como lo establece nuestro más alto Tribunal:

"ASOCIACIÓN DELICTUOSA, INEXISTENCIA DEL DELITO DE.- *No puede concluirse que se integre respecto al inculpado el delito de asociación delictuosa, si no llega a evidenciarse que hubiera conocido que sus coacusados se encontraban asociados, en forma más o menos continua, con la finalidad de delinquir en forma organizada, y menos aún que la intención de aquél fuera la de formar parte de esa asociación".*

Amparo directo 5882/74. Ricardo Pérez Zazueta.

9 de abril de 1975.

Mayoría de 3 votos.

Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Disidentes Abel Huitrón y A. Y Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Época: Vol. 76, Segunda Parte, Pág. 24.

³⁶ Idem Pág. 283

En conclusión, el delito de Asociación Delictuosa, requiere para su configuración de los siguientes elementos:

- I.- La reunión de tres o más personas con propósitos delictivos.
- II.- Conocimiento y voluntad de pertenecer a dicha reunión de personas.
- III.- La organización jerárquica con reconocimiento de un jefe o líder.

2.- PRINCIPIOS PARA RESOLVER EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.- El maestro Federico Puig Peña, nos dice que el concurso aparente de normas, es una "situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales, cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas, excluye necesariamente la de la otra".³⁷

A efecto de resolver el conflicto aparente de normas, se han establecido algunos principios, Subsidiariedad, Alternatividad, Consunción o Absorción, y el de Especialidad, mismos que a continuación procederemos a estudiarlos.

2.1.-PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.- Este principio establece: "ley primaria, deroga ley subsidiaria, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en

diversos grados de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal; es cuando varias disposiciones se encuentran en relación de subsidiaridad cuando protegen un mismo bien jurídico contra diferentes grados de ofensa, caso en que no puede ser aplicada la disposición que contempla la ofensa menos grave”.³⁶

La forma de operar del anterior principio, lo podemos ejemplificar con los delitos de Lesiones y Violación; el artículo 265 del Código Penal, nos dice que comete el delito de violación “el que tenga cópula con persona de cualquier sexo, utilizando la violencia física o moral”, pues bien, suponiendo que la forma de imponer la cópula la hubiese constituido por medio de golpes que ocasionaron a la víctima lesiones, en base a este principio, deberemos sancionar la conducta con mayor pena, que en su caso lo es el de Violación, en virtud de que las lesiones constituyen la violencia física y por tanto pasan a ser elemento indispensable para la integración del delito de Violación.

2.2.-PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD.- El Principio de Alternatividad, es aplicable cuando “dos leyes penales pueden tener en casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más frecuentes, ese contenido puede coincidir en parte, sin que esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción. Cuando las normas tienen identidad parcial, los tipos se encuentran en relación de “dos círculos secantes”, cuya

³⁷ - “Colisión de Normas Penales” - Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, 1995.- Pág. 15.

superficie de contacto es regulada con penas determinadas, lo cual equivale a que los dos tipos de delito se comparten como "dos círculos secantes" de manera que si la pena a que se refieren dichas leyes es la misma, resulta indiferente aplicar una o la otra; en cambio, la diferencia de penalidad lleva al juez a aplicar la norma que contenga la sanción más severa".³⁸

Este tipo de conflicto, lo encontramos en relación a la Participación y la Complicidad-correspectiva.

La fracción VIII del artículo 13 del Código Penal establece: "son responsables del delito: Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado". Por su parte, el artículo 64 Bis establece una pena para este caso, equivalente hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso; esto es, otorga una sanción atenuada. Mientras tanto, el artículo 14 del Código Penal, establece una sanción idéntica a la que le correspondería a un autor material.

La norma aplicable a este caso, de acuerdo al principio de Alternatividad, sería la establecida por el numeral 14 de la Ley Sustantiva de la materia; sin embargo, nuestra Constitución establece el principio de que el juzgador deberá estar lo más favorable al reo: luego entonces, de acuerdo a la jerarquía de leyes, será aplicable la establecida por el artículo 64 Bis del Ordenamiento Punitivo.

³⁸ .-. Fontecilla, Riquelme - "El Concurso Aparente de Leyes y sus Principios Fundamentales" - Ediar Editores, Primera Edición, Buenos Aires, 1946. Pág. 45

³⁹ - Jiménez de Asúa, Luis - "Tratado de Derecho Penal". Tomo II, Editorial Losada, Primera Edición. - Buenos Aires, 1950. - Pág. 543.

2.3.- PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN O ABSORCIÓN.- Este principio señala que la norma de mayor amplitud, absorbe a la de menor amplitud; esto es la norma de mayor contenido deberá consumir a la de menor contenido.

Así lo ha contemplado el Cuarto Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, en la siguiente tesis jurisprudencial:

Octava Epoca
Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUIITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: IX, Febrero de 1992
Página: 216

LESIONES Y PELIGRO DE CONTAGIO, DELITOS DE. NO COEXISTEN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). *El delito de lesiones previsto en el artículo 113 del Código Penal para el Estado de Veracruz, no puede coexistir con el de peligro de contagio, habida cuenta de que el artículo 138 del propio Código, establece: "al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible ponga en peligro de contagio a otro,...", y si en el caso, se produjo el contagio, debe considerarse que éste fue el medio para originar las lesiones apreciadas al ofendido, por lo que no se puede estar en presencia, legalmente, de un concurso real de ilícitos. De ahí que la acumulación de las penas correspondientes a los delitos de lesiones y peligro de contagio, está en contravención del artículo 8o. del mismo cuerpo de leyes, que contempla el principio de consunción, y, por lo tanto, en este aspecto la sentencia reclamada es violatoria de garantías individuales en perjuicio del quejoso.*

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUIITO.

Amparo directo 308/90. Guadalupe Magaña de la Cruz. 29 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Omar Losson Ovando. Secretario: Alejandro Gabriel Hernández Viveros.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

*Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo II, Parte TCC
Tesis: 714
Página: 456*

ROBO CON VIOLENCIA FISICA Y COMETIDO POR PERSONA ARMADA. INCOMPATIBILIDAD DE AMBAS CALIFICATIVAS. *Si en el delito de robo concurren, como materia de la acusación y la condena, las circunstancias agravadoras de la punibilidad, de violencia y a la vez la de haberse cometido por persona armada, previstas respectivamente en los numerales 373, párrafo segundo y 381, fracción XI, ambos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al hacerse consistir en que el activo, con el instrumento que portaba lesionó al pasivo, como medio para reducirlo y poder cometer el ilícito patrimonial; es evidente la incompatibilidad entre las dos modalidades, al calificar una y otra la misma conducta, pues el medio operativo para la causación de la violencia física no pudo ser otro que el empleo del arma; por tanto, ante el concurso de normas incompatibles entre sí, por la consunción o absorción, la agravante de persona armada queda absorbida por la de violencia física, por ser ésta de mayor amplitud, al estimarse aquélla como el único medio a través del cual y sólo por esa fuerza contra el ofendido, es que se podía realizar el fin propuesto.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 1705/91. Jesús Castañeda Lemus. 7 de enero de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1178/92. José Marcos Flores Gutiérrez. 26 de junio de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1180/92. Juan Moreno Cedillo. 26 de junio de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1632/92. Gonzalo Castañeda González. 29 de octubre de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1502/92. Julio Beceril Arias. 12 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.2o.P.J/48, Gaceta número 62, pág. 20; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XI - Febrero, pág. 156.

2.4.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.- El Principio de especialidad, nos dice que cuando el conflicto estriba en la concurrencia de una norma general y una especial, ésta última excluye a la general.

"La estimación más simplista reputa normas "especiales" a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, resultando sugestiva la orientación que nos brinda el concepto, pues si de manera particular la norma regula una determinada situación, es porque otra norma hace lo mismo en forma general, lo que permite considerar, como punto de partida, que la materia del hecho, etc., está siendo abarcado por ambas normas".⁴⁰

Así tenemos, que la calificativa de Ventaja, prevista en la fracción II del artículo 316 del Código Penal, referente al número de personas que acompañan al sujeto activo del delito de Lesiones u Homicidio, contempla una norma especial, de exclusiva aplicación para estos delitos; mientras que el artículo 164 Bis del Ordenamiento antes invocado, que contempla la Pandilla, es una regla general, aplicable a cualquier otro delito, a excepción de las lesiones, el homicidio y otros que a continuación analizaremos.

⁴⁰ - Pavón Vasconcelos, Francisco - "Concurso Aparente de Normas" - Editorial Porrúa, Tercera Edición. - México, 1989 - Pág. 143

En base al principio de especialidad de la norma, podemos afirmar que la presencia de otros sujetos que acompañen al sujeto activo del delito de Lesiones u Homicidio, constituye ventaja en términos de lo dispuesto por la fracción II del artículo 316 del Código Penal; de tal forma, que nunca encontraremos unas Lesiones u Homicidio cometido en Pandilla.

Ahora bien, los acompañantes, es este caso de la ventaja, también serán responsables del delito cometido (Lesiones u Homicidio), siempre y cuando habiendo tenido en sus manos la posibilidad de evitar el hecho, no hayan desplegado conducta alguna para impedir que el delito se consumara; pero no solo serán responsables del delito simple doloso, sino que sobre ellos también recaerá la circunstancia cualificante de Ventaja.

Concurso similar al anterior, lo es la llamada Violación Tumultuaria o Plurisubjetiva, establecida por el artículo 266 Bis, fracción I que preceptúa: "Las penas previstas para el Abuso Sexual y la Violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas"; . . .

Lo anterior, constituye una norma especial, de exclusiva aplicación para la Violación y el Abuso Sexual; de tal forma, que nunca podremos encontrar estos delitos cometidos por Pandilla, ni mucho menos con Ventaja, puesto que la norma especial, excluye a la general.

Resulta lógico pensar, que esta calificativa sólo será de aplicación para aquél que realiza la cópula o bien el tocamiento lúbico-somático, pues sólo de esta forma podríamos encontrar el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado; sin embargo, en base a lo establecido en el artículo 14 del Código Penal, aquellos que sin haber realizado la cópula o el tocamiento lúbico-somático, estuvieron presentes en el acto y teniendo a su alcance los medios de evitarlo, omitieron un actuar; serán responsables como cómplices, no sólo del delito de Violación o de Abuso Sexual, sino que perjudicará a todos la circunstancia cualificante.

En el delito de Robo, cometido por varias personas, puede ocurrir que uno sólo de ellos realice la conducta típica consistente en el apoderamiento de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de quien pudiera disponer de ella con arreglo a la ley, mientras que otros dos permanecen fuera de la casa-habitación, preparando la fuga de aquél que penetró al recinto.

Aquí encontramos una circunstancia cualificante, consistente en cometer el robo en una casa-habitación; en relación a la lógica jurídica penal, podríamos afirmar que será responsable sólo aquel que penetró en la casa y que realizó el apoderamiento; sin embargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal, aquéllos que no penetraron a la casa, o no realizaron el apoderamiento serán responsables del robo, puesto que no realizaron conducta alguna para evitar el hecho, incluso proporcionaron el auxilio a aquél, preparándole la fuga; aplicándose a éstos también la circunstancia cualificante por circunstancias de lugar.

Como podemos apreciar, aquí la calificativa opera por circunstancias de lugar y no por el número de personas que intervinieron en el delito; en tal virtud, también es considerado como un delito cometido en Pandilla, toda vez que ésta no es incompatible con la circunstancia cualificante de lugar; de tal forma, que al no existir una norma especial en el Robo, por medio de la cual se califique en razón al número de personas que intervienen en él, será aplicable la Pandilla, como regla general.

A efecto de robustecer este Principio de Especialidad, nuestro más alto Tribunal, nos proporciona una serie de ejemplos en las siguientes tesis jurisprudenciales.

Octava Epoca
Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Junio de 1994

Página: 629

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. APLICACION DEL. *Para determinar si se está en presencia de un concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de la especialidad de la ley, se deben de tomar en cuenta dos requisitos; primero, que la conducta realizada por el acusado encuadre en el tipo legal descrito en la ley especial, y segundo, que tanto ésta como la ley general, en sus respectivas disposiciones, contengan los mismos elementos; requisitos que se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad, que parte del supuesto de que una misma acción caiga bajo la esfera de dos preceptos penales que se excluyen entre sí, por lo que al recoger la ley especial todas las características fundamentales del tipo general y además alguna otra específica, como tener el sujeto activo la calidad de funcionario de una institución de crédito, es lo que determina la aplicación de la ley especial.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 335/88. Manuel Monter Infante. 30 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Martín Gonzalo Muñoz Robledo.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Volúmenes 145-150, página 80; y, Volúmenes 127-132, página 69.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Septiembre de 1996

Tesis: XIV.2o.25 P

Página: 694

PORTACION DE ARMAS E INSTRUMENTOS PROHIBIDOS. DEBE APLICARSE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS Y NO EL CODIGO PENAL COMUN. *Es inconstitucional la orden de aprehensión dictada por un Juez del fuero común en contra del acusado por considerarlo probable responsable del ilícito de portación de armas e instrumentos prohibidos previsto y sancionado en el código penal local, por haber sido librada por una autoridad incompetente; toda vez que aun cuando la conducta desplegada por el activo se encuentra tipificada tanto en el Código de Defensa Social del Estado, como en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, atendiendo al principio de especialidad de la ley que opera en materia penal, la citada ley especial federal es de aplicación preferente a la del fuero común y, por ende, el procedimiento también debe seguirse ante autoridades de carácter federal.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 245/96. Luis Emilio Zapata Esparza. 15 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Magistrado interino por acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal Luis A. Cortés Escalante. Secretaria: Josefina María de Lourdes Rodríguez Echazarreta.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: XIV.2o.10 P

Página: 655

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y NO DEL CODIGO PENAL COMUN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CAMPECHE). *Tratándose de conductas indebidas atribuidas a sujetos activos que se desempeñen como empleados bancarios, en primer lugar debe analizarse si encuadran en las previstas por el título quinto, capítulo tercero, de la Ley de Instituciones de Crédito, donde se tipifican y sancionan las conductas ilícitas que despliegan los empleados bancarios en el desempeño de sus funciones y, de actualizarse tal hipótesis, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en dicha Ley y no en el Código Penal del Estado de Campeche, considerando que este ordenamiento en su artículo 4o., dispone que: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta..." y atendiendo además a las reglas de los "conflictos o concurrencia aparente de normas", específicamente al llamado principio de especialidad.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 182/96. Jesús Antonio Aké Maldonado. 6 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Agustín López Díaz.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: XIV.2o.9 P

Página: 656

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y NO DEL CODIGO PENAL COMUN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUINTANA ROO). *Tratándose de conductas indebidas atribuidas a sujetos activos que se desempeñen como empleados bancarios, en primer lugar debe analizarse si encuadran en las previstas por el título quinto, capítulo tercero, de la Ley de Instituciones de Crédito, donde se tipifican y sancionan las conductas ilícitas que despliegan los empleados bancarios en el desempeño de sus funciones y, de actualizarse tal hipótesis, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en dicha Ley y no en el Código Penal del Estado de Quintana Roo, considerando que este ordenamiento, en su artículo 10 dispone que: "Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, la de mayor alcance absorberá a la de menor amplitud y la principal excluirá a la subsidiaria." y atendiendo además a las reglas de los "conflictos o*

conurrencia aparente de normas", específicamente al llamado principio de especialidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 410/95. María Guadalupe Ramayo Canul. 30 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando A. Yates Valdez. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

Amparo en revisión 96/95. Juan Daniel Fernández Juárez. 6 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo V. Monroy Gómez. Secretaria: Maricela Bustos Jiménez.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomó: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989

Página: 315

LEY, PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA, EN MATERIA DE VENTA DE ARMAS DE FUEGO. El artículo 6o. del Código Penal Federal consagra el principio de especialidad de la ley, conforme al cual, en el supuesto que en él se indica, el juzgador está impedido para aplicar una ley general cuando la materia regulada en ésta, también es objeto de regulación en un ordenamiento de carácter especial. En este orden de ideas, en materia de venta de armas de fuego, no resulta aplicable el artículo 162 del Código Penal Federal, que es la ley general, pues de acuerdo al principio de especialidad antes referido la conducta del acusado de poner a la venta pistolas, careciendo del permiso expedido por la Secretaría de la Defensa Nacional, debe encuadrarse en el artículo 82 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que es el ordenamiento de carácter especial.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 410/89. Eduardo Ares Cuevas. 14 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

3.- SOLUCIÓN AL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.-

Después de haber realizado un estudio completo de los ilícitos de Crimen Organizado y Asociación Delictuosa, podemos apreciar que ambos delitos tienen identidad de elementos, toda vez que ambos son una reunión de tres o más personas, organizadas para delinquir; la diferencia en sí la encontramos en que en el Delito de Asociación Delictuosa, la reunión puede ser para cometer cualquier delito, en tanto que en el Crimen Organizado será solamente para cometer específicamente cualquiera de los delitos que señala en artículo 2º. De la Ley Contra la Delincuencia Organizada, esto es, para cometer: Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal; Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

Lo anterior, nos hace recordar que el legislador tiende cada día más a especializar la ley, incurriendo en extremo casuismo, tal parece que quiere crear tantos como conductas delictuosas haya, lo que trae como consecuencia un gran número de conflictos aparentes de normas, y peor aún una saturación penal.

Constantemente escuchamos o leemos en los medios de comunicación que "hace Falta legislar", en nuestra opinión no hacen falta leyes, sino que simple y sencillamente se apliquen las que ya existen; entendemos que esa postura se debe a la delincuencia incontenible, día a día la delincuencia aumenta y se sofisticada en sus técnicas, y como un remedio desesperado, el cuerpo legislativo trata de, ya no digamos prevenir la delincuencia, sino de combatirla; aumenta penas, crea tipos, pero con una carencia total de técnica jurídica, que lejos de solucionar el problema de la delincuencia, crea impunidad, por la desmedida sofisticación y especialidad de los preceptos.

Lo anterior, acarrea también que se pierda cada vez más la naturaleza del Derecho Penal como última "ratio"; esto es, como el último recurso de que debe echar mano el legislador para prevenir y sancionar conductas. Esto nos refleja hasta cierto punto, que el Estado solo puede, supuestamente, cumplir con su objetivo de prevención general por medio de la intimidación de la pena de prisión, *cárcel*; como si la pena de prisión, también cumpliera con sus objetivos, cuando ha resultado ser el más grande fracaso, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo.

Tal parece que las leyes se encuentran sujetas al ir y venir de los antojos de las modas políticas; surge la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como una imitación del extranjero y la tendencia a aumentar los beneficios y disminuir los requisitos para obtenerlos, o establecer mecanismos, totalmente alejados de la ley, pues esta institución y las recomendaciones que emiten carecen de obligatoriedad, pero sí plagadas de publicidad amarillista y desleal sobre la honorabilidad de los Servidores Públicos y todo ello con el afán de hacer cumplir garantías y derechos consagrados desde la promulgación de nuestra Constitución; así ocurrió con la garantía consagrada por el artículo 16 Constitucional, que establece que nadie puede ser privado de su libertad, propiedades, derechos, documentos . . . sino mediante orden de autoridad competente y agrega, cualquier persona podrá ser detenida en flagrancia. . . . ¿Qué fue lo que ocurrió?. Cuando la autoridad Judicial, decidió dejar en libertad aquellas personas que le eran consignadas y que habían sido ilegalmente detenidas, esto es, simplemente cumplió con lo que establece la ley, la respuesta lógica fue: menos delincuentes en la cárcel, más delincuentes en la calle. Cuando la delincuencia en la calle resultó más que incontenible, el legislador en forma pronta y expedita, creó nuevas formas de flagrancia, la cuasi flagrancia y la flagrancia equiparada, de tal forma que ahora de cualquier forma habrá legal detención.

Lo más grave de esta situación, es que las normas se están creando o reformando en forma totalmente particular, sin tomar en cuenta que ellas forman parte de un cuerpo y un sistema legal, en el que todas y cada una de ellas deben encontrarse completamente concatenadas para que no resulten contradictorias entre sí y de esta forma evitar los llamados conflictos de normas.

· ¿Quiénes son los que pueden apreciar en forma más objetiva los errores o carencias de la ley? ¿Acaso los señores de la farándula y analfabetas que integran nuestro Honorable Congreso de la Unión? ¿Resultan verdaderamente aptos para apreciar si las iniciativas de ley que someten a su consideración, discusión y aprobación, poseen una verdadera técnica jurídica o cumplen realmente con la función de prevención general y particular?

Los anteriores cuestionamientos llevan implícito un reproche, que las autoridades judiciales tienen que ahogar, por no contar ni siquiera con la capacidad de emitir su opinión en las iniciativas de ley y quien día a día tiene que enfrentarse a la importantísima función de impartir justicia con leyes contradictorias, carentes de técnica jurídica, insidiosas y casuísticas, para que a fin de cuenta y solo por aplicar la ley, lo tachen de corrupto, parcial o injusto.

Desde nuestro punto de vista, no hacía falta crear un tipo de Delincuencia Organizada y menos aún una Ley especial Contra la Delincuencia Organizada, en virtud de que ya existe en nuestro Código Penal la Asociación Delictuosa; no obstante, si lo que se pretendía era sancionar con mayor severidad la organización delincencial con el propósito de cometer alguno de los delitos que señala el artículo 2º. De la ley especial en estudio, bastaba aumentar la sanción de la Asociación Delictuosa para tales casos, y no crear una Ley Especial saturada de violaciones a las garantías individuales, como lo estudiaremos en el siguiente capítulo.

Pues bien, lo cierto es que existe la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que como hemos visto, genera un conflicto de normas con el ilícito de Asociación Delictuosa, y de alguna forma tenemos que resolverlo y para ello tendremos que acudir a lo dispuesto por el artículo 6°. Del Código Penal Federal que a la letra dice:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo."

"Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, *la especial prevalecerá sobre la general*".

Es decir, se aplicará el principio de especialidad, que reza *ley especial, deroga a ley general*, esto es, se aplicará la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cuando la reunión de tres o más sujetos se lleve a cabo para realizar cualquiera de los delitos consagrados en su artículo 2°. , y en todos los demás casos, se aplicará el de Asociación Delictuosa, previsto en el Código Penal Federal o del Distrito Federal, en su caso

CAPÍTULO CUARTO.

EL PROCEDIMIENTO EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

- 1.- Un procedimiento Especial.
- 2.- El Procedimiento y la Constitución.
- 3.- Consideraciones que se emiten al respecto.

En el presente capítulo analizaremos el procedimiento que establece la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, a efecto de determinar su congruencia y constitucionalidad, para finalmente emitir ciertas consideraciones en relación a este procedimiento especial y nuestra Constitución.

1.- UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL.- Antes de iniciar el estudio del procedimiento especial que establece la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es conveniente precisar algunos conceptos, tales como proceso y procedimiento.

"El proceso es, pues, un conjunto de procedimientos, entendidos éstos, como un conjunto de formas o maneras de actuar. Por lo anterior, la palabra procedimiento en el campo jurídico, no debe ni puede ser utilizada como sinónimo de proceso. El procedimiento se refiere a la forma de actuar y, en este sentido, hay

muchos y variados procedimientos jurídicos; por ejemplo, los procedimientos administrativos, notariales, registrales, etc., en los procedimientos administrativos, encontramos las formas de actuación, las conductas por desarrollar en la actuación del particular frente al Estado, como en los casos de solicitar una licencia o permiso, pagar un impuesto o solicitar que se determine el monto de éste; o tramitar concesiones, registro de patentes o marcas, o cualquier tipo de peticiones regladas”.

“Resulta evidente que el proceso es un conjunto de procedimientos, pero también es cierto que todo procedimiento no necesariamente es procesal, por ello cabría formular la siguiente interrogación: ¿Cuándo es procesal un procedimiento? Pensamos que un procedimiento es procesal si se encuentra dentro del proceso y posee la nota característica de proyectividad que identifica a los actos procesales. Por tanto, un procedimiento es procesal, cuando está elaborado con otros, todos ellos ocurridos dentro del conjunto de actos configurativos del proceso, y que son actos provenientes de las partes, del órgano jurisdiccional y de los terceros ajenos a la relación sustancial, y los cuales se enfocan, o proyectan, hacia un acto final de aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo o resolverlo”⁴¹

En efecto, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece una serie de procedimientos, que integrados a las reglas generales que establece el Código de Procedimientos Penales, logran la aplicación de la ley abstracta a un

⁴¹ - Gómez Lara, Cipriano. “Teoría General del Proceso”. - Novena Edición, Editorial Harla, México, 1996.- Pág. 218.

caso concreto en el ámbito punitivo.

Pues bien, la ley que en estos momentos nos ocupa, en algunos de sus artículos establece una serie de reglas especiales que difieren de las generales que establece el Código Federal de Procedimientos Penales y a la propia Constitución. A continuación realizaremos un análisis al respecto.

El artículo 3º. De la Ley Federal que nos ocupa, establece categóricamente que los delitos a que se refiere el numeral precedente deben ser investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a esta ley:

"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 la 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 circunstancia se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas".

La facultad de atracción a que se refiere el artículo que antecede, se encuentra prevista en el párrafo segundo del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, y solamente el Ministerio Público podrá ejercer tal facultad, cuando exista un delito federal que concurse con un delito de fuero federal, así lo establece el numeral antes citado:

"En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo competencia para juzgarlos."

Resulta curioso cómo a últimas fechas el Ministerio Público Federal ha ejercido esta facultad de atracción, en virtud de que lo ha realizado siempre y cuando se trate de una persona importante; recordemos los casos de Colosio y Ruiz Masieu, ambos fueron homicidios, de competencia del fuero común, pero por tratarse de un concurso de delitos entre el homicidio y la portación de arma de fuego (este último delito federal), la Procuraduría General de la República ejerció la facultad de atracción, e incluso los medios de comunicación y algunas autoridades, se dieron el lujo de crear un nuevo tipo penal en el caso de Luis Donald, "el Magnicidio".

Como podemos observar, ahora también se regula la competencia en razón a la "calidad" de vida o de persona, lo que indudablemente, viene a romper con el principio de generalidad de la Ley, pues a la autoridad Federal, no le importará atraer el homicidio de "Juan Pérez", aún cuando hubiese sido victimado con un mortero.

El artículo 6 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, señala:

"Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2º. de esta ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada".

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 104, 105, 106, 107, y 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, la prescripción de la acción penal, esto es para formular denuncia o querrela y para consignar será:

Si el delito solo es sancionado con multa, prescribirá en un año, si sólo es sancionado con destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, prescribirán en dos años.

Si se trata de delito que se persigue por Querrela de parte ofendida, el delito prescribirá en un año; y si es un delito de oficio, prescribirá en el término medio aritmético de la pena, esto es la suma de la pena mínima, más la máxima, entre dos.

Los términos anteriores se contarán a partir de que se tuvo conocimiento del delito o del delincuente.

La prescripción por inactividad operará en el término medio aritmético de la pena, nunca menor de tres años, contados a partir de la última diligencia referente a la investigación del delito o del delincuente.

La prescripción de la sanción, será de un término igual al de la condena impuesta, y una cuarta parte más de dicha sanción, pero nunca podrá ser menor a un año.

Pues bien, en el caso de la Delincuencia Organizada, la prescripción se duplicará, en razón no de éste delito, sino en razón al delito que cometieron y que debe ser de los previstos en el artículo 2º. de dicha ley. De lo anterior, podemos apreciar que nuevamente se viola el principio de generalidad de la Ley.

El artículo 13 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, viola la garantía de defensa, prevista en la fracción VII del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que le otorga el derecho a que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que contengan en el proceso, al establecer:

“Las actuaciones de averiguaciones previa por los delitos a que se refiere esta ley, exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra, por lo que el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzgue oportunas”.

“No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al Ministerio Público de la Federación, se le haya negado”.

Por lo que hace al artículo 14 de la ley a estudio, también viola el derecho a la defensa establecido en la fracción III del numeral constitucional antes señalado, consistente en saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación al preceptuar:

“Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal”.

El artículo 15 de esta ley, indica:

"Cuando el Ministerio Público de la Federación solicite al juez de distrito una orden de cateo con motivo de la investigación de alguno de los delitos a los que se refiere la presente ley, dicha petición deberá ser resuelta en los términos de la ley dentro de las doce horas siguientes después de recibida por la autoridad judicial".

"Si dentro del plazo antes indicado, el juez no resuelve sobre el pedimento de cateo, el Ministerio Público de la Federación podrá recurrir la tribunal unitario de circuito correspondiente para que éste resuelva en un plazo igual".

"El auto que niegue la autorización, es apelable por el Ministerio Público de la Federación. En estos casos la apelación deberá ser resuelta en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas".

"Cuando el juez de distrito competente, acuerde obsequiar una orden de aprehensión, deberá también acompañarla de una autorización de orden de cateo, si procediere, en el caso de que ésta haya sido solicitada por el agente del Ministerio Público de la Federación, debiendo especificar el domicilio del probable responsable o aquél que se señale como el de su posible ubicación, o bien el del lugar que deba catearse por tener relación con el delito, así como los demás requisitos que señala el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Al respecto, solo podemos manifestar que doce horas resulta un tiempo muy corto para resolver sobre una orden de cateo, lo que indudablemente generará muchas injusticias que posteriormente y en forma excepcional, querrán solucionar con un "usted disculpe".

A continuación, entraremos al estudio de los artículos referentes a la intervención de comunicaciones, asunto que causó gran polémica en todos los ámbitos, durante su discusión legislativa y su aprobación.

Artículo 16.-"Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o. anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar".

"Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención".

"Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores".

Artículo 17.- "El juez de distrito requerido deberá resolver la petición en los términos de ley dentro de las doce horas siguientes a que fuera recibida la solicitud, pero en ningún caso podrá autorizar intervenciones 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".

Artículo 18.- "Para conceder o negar la solicitud, el juez de distrito constatará la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada y que la intervención es el medio idóneo para allegarse de elementos probatorios".

"En la autorización el juez determinará las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración".

"La autorización judicial para intervenir comunicaciones privadas, que únicamente llevará a cabo el Ministerio Público de la Federación bajo su responsabilidad, con la participación de perito calificado, señalará las comunicaciones que serán escuchadas o interceptadas, los lugares que serán vigilados, así como el periodo durante el cual se llevarán a cabo las intervenciones,

el que podrá ser prorrogado por el juez de distrito a petición del Ministerio Público de la Federación, sin que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas pueda exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse intervenciones cuando el Ministerio Público de la Federación acredite nuevos elementos que así lo justifiquen".

"El juez de distrito podrá en cualquier momento, verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, podrá decretar su revocación parcial o total".

"El Ministerio Público de la Federación solicitará la prórroga con dos días de anticipación a la fecha en que fenezca el periodo anterior. El juez de distrito resolverá dentro de las doce horas siguientes, con base en el informe que se le hubiere presentado. De negarse la prórroga, concluirá la intervención autorizada, debiendo levantarse acta y rendirse informe complementario, para ser remitido al juzgador".

"Al concluir toda intervención, el Ministerio Público de la Federación informará al juez de distrito sobre su desarrollo, así como de sus resultados y levantará el acta respectiva".

"Las intervenciones realizadas sin las autorizaciones antes citadas o fuera de los términos en ellas ordenados, carecerán de valor probatorio".

Los numerales antes transcritos, nos establecen la procedencia de la intervención de las comunicaciones, lo que independientemente de ser totalmente conculcatorio de garantías, argumenta ciertas limitaciones que definitivamente resultan absurdas, en virtud de que cuando es intervenida una línea telefónica, es en relación a todas las llamadas, pues no es posible hacer una selección a efecto de que no se intervengan llamadas de tipo electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

"Artículo 19.- Si en los plazos indicados en los dos artículos anteriores, el juez de distrito no resuelve sobre la solicitud de autorización o de sus prórrogas, el Ministerio Público de la Federación podrá recurrir al tribunal unitario de circuito correspondiente, para que éste resuelva en un plazo igual".

"El auto que niegue la autorización o la prórroga, es apelable por el Ministerio Público de la Federación. En estos casos la apelación deberá ser resuelta en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas".

Artículo 21.- Si en la práctica de una intervención de comunicaciones privadas se tuviera conocimiento de la comisión de delitos diversos de aquéllos que motivan la medida, se hará constar esta circunstancia en el acta correspondiente, con excepción de los relacionados con las materias expresamente excluidas en el artículo 16 constitucional. Toda actuación del Ministerio Público de la Federación o de la Policía Judicial Federal, hechas en contravención a esta disposición carecerán de valor probatorio.

Cuando de la misma práctica se advierta la necesidad de ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, el Ministerio Público de la Federación presentará al juez de distrito la solicitud respectiva.

Cuando la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretendan probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta ley. Si se refieren a una persona distinta sólo podrán utilizarse, en su caso, en el procedimiento en que se autorizó dicha intervención. De lo contrario, el Ministerio Público de la Federación iniciará la averiguación previa o lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, según corresponda.

Los numerales que anteceden, se refieren al conocimiento que se llegue a tener de la comisión de otros delitos, por los cuales no fue solicitada, ni autorizada la intervención; sin embargo, en si presentan una redacción contradictoria, en virtud de que primero mencionan que no tendrán valor probatorio alguno, cuando se tenga conocimiento de los hechos constitutivos de un delito, cuando la intervención no se lleve a cabo en la forma y con los requisitos que señala la ley; para posteriormente señalar, que el Ministerio Público podrá iniciar Averiguación Previa, o lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.

Artículo 29.- "Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento*.

Respecto de éste numeral, podemos apreciar que se viola el principio de seguridad jurídica, en virtud de que supuestamente "nadie es culpable hasta que se pruebe que lo es". Luego entonces, aquí los tenedores son privados de sus posesiones, sin que se les haya seguido juicio alguno.

Artículo 32.-"Los bienes asegurados se pondrán a disposición del juez de la causa, previa determinación del Ministerio Público de la Federación de las medidas provisionales necesarias para su conservación y resguardo, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 40, 41 y 193 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales".

En relación a este precepto, independientemente de que resulta imperante una reforma, puesto que aún se refiere al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, siendo que el 17 de septiembre de 1999, se crea el Código Penal para el Distrito Federal; los artículos 40 y 41 son referentes al Decomiso de Instrumentos, objetos y productos del delito, en tanto que el artículo 193, del Código Penal Federal, puesto que en el Código Penal para el Distrito Federal, ya fue derogado, se refiere a narcóticos, instrumentos y vehículos utilizados en la comisión de delitos contra la salud.

La siguiente disposición, otorga una serie de atenuantes y beneficios que se le otorgarán a un miembro de la delincuencia organizada, que aporte pruebas o indicios que sean útiles en la investigación de otros delitos o para la captura de algún otro miembro del crimen organizado.

"Artículo 35.- "El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes;

I.- Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II.- Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III.- Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV.- Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta".

"En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad".

Artículo 38.- "En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso".

"Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente".

Artículo 41.-"Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los

hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca”.

“Las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley”.

“La sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada”.

Artículo 43.- “Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada”.

Artículo 44.- “La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad”.

Nuevamente en los preceptos anteriores, podemos observar el rompimiento del principio de igualdad ante la ley, en virtud de que a los condenados por Delincuencia Organizada, se les priva del derecho de los beneficios de la libertad preparatoria, de la condena condicional, del tratamiento preliberacional y de la remisión parcial de la pena; al negar especialmente la remisión parcial de la pena, que constituye la disminución de la pena por trabajo ejecutado dentro de la prisión, esto es, lo que se conoce como el dos por uno, por cada dos días de trabajo se les disminuye uno de pena, y la libertad preparatoria, que es cuando el condenado ha dado cumplimiento a las tres quintas partes de su sanción, que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia, que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y

en condiciones de no volver a delinquir; y que haya reparado o se comprometa a reparar el daño; amén de que se trata de disposiciones especiales, como ya se dijo, viene a transformar todo el sentimiento punitivo de nuestro país, negando de esta forma la readaptación.

2.- El Procedimiento y la Constitución.- El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice, ". . . nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales . . ." "Y no podía ser de otra manera. Si todos los hombres son igualmente libres, si en la República no hay títulos de nobleza, ni prerrogativas, no debe haber tampoco leyes privativas, ni tribunales especiales, que serían una prerrogativa ó una persecución injustificable a favor ó en contra de un individuo ó de una clase de la sociedad. Las leyes privativas y los tribunales especiales destruyen toda igualdad ante la justicia y ante la ley: son una violación escandalosa de la equidad y del derecho. Fueron, además, algunas veces las leyes privativas y los tribunales especiales en la República la aplicación del terrorismo para gobernar a los mexicanos, y muchos destierros se impusieron y muchos cadalsos se levantaron para cumplir las sentencias de los tribunales especiales". 42

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, generó algo insólito, por todos es conocido que ninguna ley puede ir en contravención de la Constitución, pero en el caso de esta ley, la Constitución se puso a su servicio. En efecto, en virtud de que muchas disposiciones contempladas por la ley a estudio, no

42.- Del Castillo Velasco, Jose Maria.- "Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano".- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.- Editorial PMB, S. A.-Primera Edición, México, 1993.- Pág. 48.

resultaban congruentes con nuestra Carta Magna, hubo entonces que reformar varios preceptos constitucionales, reformas que fueron expuestas en el primer capítulo del presente trabajo de tesis y que dieron origen a una nueva generación de normas penales y a un régimen punitivo diferente.

Es correcto, aunque no práctico, que se creen tipos especiales, contemplados *ex profeso* en leyes de la materia; pero la Ley Federal Contra la delincuencia Organizada, no se limitó a crear únicamente un tipo especial, sino que construyó todo un sistema penal especial, en el que establece exclusiones de la ley general, que en el caso lo serían el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, y no obstante que con las reformas constitucionales se pretendió dar constitucionalidad a esta ley, esto no se logró del todo, tal y como lo analizamos en el inciso que antecede, en virtud de que crea al margen de una ley general, procedimientos y prácticas especiales que indudablemente rompen con la generalidad e igualdad que debe guardar la ley.

"El artículo 1 es muy expresivo sobre la materia que ahora abordamos. Contiene una declaración sobre el ámbito de la ley (innecesaria, por cierto, puesto que éste debe deducirse de la ley misma, en su conjunto, y no de una declaración previa). En efecto, manifiesta que dicho ordenamiento "tiene por objeto establecer reglas para la investigación, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada". La iniciativa se limitaba a "persecución, procesamiento y sanción". El dictamen senatorial amplió las referencias, porque la actividad estatal para combatir la existencia y los efectos de delincuencia organizada debe ser "constante e integral"; se ha de procurar "que no escape a la normatividad jurídica, ningún aspecto

relacionado con la delincuencia organizada". Por sí mismo, este argumento no es suficiente para sustentar un régimen de excepción –como se le llamó reiteradamente en el proceso de expedición”.

“Así las cosas, la LFDO abarca todo el horizonte de un orden penal: a) orgánico (comprendido por las disposiciones de procesamiento, y especialmente por el artículo 8, que crea una unidad de la Procuraduría General de la República, especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada); b) sustantivo, en tanto se fija el tipo penal de delincuencia organizada y las consecuencias jurídicas que apareja la comisión de este crimen y de los delitos cometidos por los delincuentes organizados: sanciones y reglas de aplicación; c) adjetivo, porque provee normas procesales específicas, que en diversos extremos se apartan del sistema ordinario; y d) ejecutivo, en cuanto fija reglas específicas para la ejecución de sanciones, que solo se aplican a los sujetos de la propia LFDO”.

“Esta ley es principal, o sea, debe ser considerada en primer término y con carácter excluyente de otras disposiciones del mismo rango para regular los casos que previene. Las disposiciones ordinarias del sistema penal mexicano tienen carácter supletorio, por así disponerlo el artículo 7 LFDO: Código Penal federal, Código Federal de Procedimientos Penales, normas acerca de la ejecución de penas y medidas y otras leyes penales especiales”.

“Es interesante observar que en la iniciativa se hablaba expresamente, por lo que toca a la materia ejecutiva penal, de la Ley que Establece las Normas Mínimas

sobre Readaptación Social de Sentenciados, ordenamiento que ha sido el cimiento – desde 1971- para la construcción del sistema penitenciario mexicano, función ampliamente reconocida. En cambio, el texto aprobado – a partir del dictamen senatorial – habla en forma extensa de “la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad”, a pesar de que no hace lo mismo en los casos de la legislación penal y procesal penal, directamente identificada con los nombres de los ordenamientos respectivos: Código Penal y Código de Procedimientos Penales. La doble técnica seguida en el texto aprobado pone de manifiesto que aquí sobrevuela la idea – que no corresponde analizar ahora- de relevar aquella ley de normas mínimas, acaso bajo la idea de que los males de nuestro sistema penitenciario se resolverán con nuevas leyes – más y más leyes- y no con el puntual cumplimiento de las que ya tenemos”.⁴³

Los acertados comentarios del maestro Sergio García Ramírez, y con los cuales comulgamos, nos lleva a concluir que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contempla un procedimiento especial, y disposiciones especiales por demás privativas de derechos, que la hacen evidentemente incongruente con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.- CONSIDERACIONES QUE SE EMITEN AL RESPECTO.- México, nuestro país, atraviesa por una crisis de inseguridad, el creciente índice de delincuencia resulta ser un gran problema que hasta la fecha, no digamos que hayamos podido extinguir, ni siquiera hemos logrado disminuir, por más esfuerzos

⁴³ .- García Ramírez, Sergio - Ob. Cit. Págs 80 y 81.

que se hagan, es un problema latente, casi de imposible solución y más aún si los esfuerzos que se lleven a cabo por nuestros Poderes de la Unión, se encaminan solamente a crear más y más leyes carentes de toda técnica jurídica; como acertadamente lo menciona el eminente maestro Sergio García Ramírez, un buen comienzo es aplicar certera y cabalmente las que ya existen.

Si la pretensión del legislador, al crear la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, lo era abatir su comisión, el camino adecuado nunca lo fue, ni será, el establecimiento de leyes especiales que resultan, por demás incongruentes con nuestro ámbito legislativo; si lo que perseguía era lograr una mayor prevención, por medio de la intimidación que representa el aumento de sanción, bastaba con aumentar la penalidad en el delito de Asociación Delictuosa; si pretendió adquirir nuevos mecanismos para la investigación y captura de los integrantes de organizaciones criminales, no era violando la Constitución; sin embargo, tal parece que nuestros representantes han olvidado cuáles son los fines de la pena, y se han concretado solamente a castigar, a ingresar más y más delincuentes en las prisiones, que al producir una sobrepoblación, impiden la readaptación, cuando ésta, debe de representar un renglón de atención especial, preponderante, pues en la medida que se logre la reinserción a la sociedad de personas que aprecien y respeten los valores de vivir en sociedad, en esa medida podremos abatir, poco a poco la delincuencia, la corrupción, la pobreza y otros grandes males que afectan a nuestro país. Es necesario que se destine un mayor presupuesto al sistema penitenciario, un presupuesto que permita dar una verdadera atención a todos y cada uno de los internos, que permita cumplir con las bases de la prevención y readaptación penitenciaria, que son la educación y el trabajo, que proporcione salarios dignos al personal que se encarga de este tratamiento, para que dejen de

preocuparse por vivir al día, y se genere en ellos el hambre por aprender, por capacitarse, por cumplir verdaderamente con su función, porque el sistema penitenciario en México, es un eslabón que se encuentra roto, en la larga y difícil cadena de la procuración e impartición de Justicia.

C O N C L U S I O N E S :

PRIMERA.- Los artículos 16, 20 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fueron reformados por decreto del 2 de julio de 1996, publicado en día 3 del mismo mes y año, incluyendo por primera vez el término "Delincuencia Organizada", otorgando al Ministerio Público la duplicidad del término de detención y considerándolo como delito grave.

SEGUNDA.- El considerar o no como graves a los delitos, invade el criterio que utilizó el legislador al establecer las penas, en virtud de que ésta es fijada en relación a la propia gravedad de cada conducta deficiente.

TERCERA.- Los procedimientos de reforma han sido invertidos, las leyes ya no son reglamentarias de preceptos constitucionales, ahora la Constitución se encuentra al servicio de las leyes; así fue como ocurrió al establecer la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

CUARTA.- El dictamen original de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contenía más disposiciones arbitrarias y conculcatorias de garantías, al tratar de otorgarle valor probatorio a las declaraciones arrancadas por medio de torturas inflingidas a los detenidos, por los Agentes de la Policía Judicial.

QUINTA.- El tipo de Delincuencia Organizada es un tipo plurisubjetivo, puesto que exige para su configuración la participación de tres o más sujetos que acuerden

organizarse o se organicen con cierta permanencia o reiteración y reconocimiento de jerarquías entre sus miembros.

SEXTA.- La Delincuencia Organizada constituye un tipo subordinado o dependiente, toda vez que su existencia se encuentra supeditada a la comisión de alguno de los delitos previstos en el artículo 2º. De la propia ley; es un tipo de formulación estricta o referenciado, de resultado formal o de peligro y su comisión solo puede ser dolosa.

SÉPTIMA.- La participación de un menor en el requisito numérico de tres o más sujetos de la Delincuencia Organizada, debe de tomarse en cuenta para su configuración, ya que la reunión de personas, sin importar su edad, disminuye, indiscutiblemente, las posibilidades de defensa de la sociedad.

OCTAVA.- El ilícito de Delincuencia Organizada, es un delito que no puede presentarse en tentativa, en virtud de que el propio tipo exige para su configuración un simple acuerdo de organizarse o bien organizarse en sí, para cometer alguno de los delitos que exige el artículo 2º. De la ley que lo reglamenta.

NOVENA.- Los delitos de Asociación Delictuosa y de Delincuencia Organizada tienen exactamente los mismos elementos, solo que este último debe ser con el propósito de cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 2º. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que genera un concurso aparente de normas.

DÉCIMA.- Para resolver el concurso aparente de normas entre Asociación Delictuosa y Delincuencia Organizada, será en atención al principio de especialidad; estos es, cuando se cometa alguno de los delitos previstos en el artículo 2º. De la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ésta será la aplicable, en todos los demás casos se aplicará la Asociación Delictuosa.

DÉCIMA PRIMERA.- No hacía falta crear un tipo de Delincuencia Organizada y menos aún una ley especial, en virtud de que ya existía en nuestro Código Penal el delito de Asociación Delictuosa; si lo que se pretendía con su creación, era sancionar con mayor severidad la organización delincriminal con el propósito de cometer alguno de los delitos que señala el artículo 2º. De la ley especial, bastaba con aumentar la sanción cuando la Asociación Delictuosa se presentara en tales casos.

DECIMA SEGUNDA.- La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece un procedimiento especial que resulta incongruente con el Código Federal de Procedimientos Penales y conculcatorio de garantías individuales.

DECIMA TERCERA.- La facultad de atracción otorgada al Ministerio Público de la Federación, establece una competencia en razón a la calidad de vida o de persona, lo que sin lugar a duda, propicia una desigualdad e inequidad.

DECIMA CUARTA.- El procedimiento que establece la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, para llevar a cabo la intervención de vías de comunicación telefónicas, resulta violatorio de nuestros derechos y no obstante que

señala ciertas limitaciones con el propósito de justificarse, resultan absurdas, pues cuando se interviene una línea telefónica, no es posible seleccionar a efecto de no intervenir llamadas de tipo electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo o del detenido con su defensor.

DECIMA QUINTA.- En México, estamos sufriendo una saturación legislativa, tendiente a perder el principio de considerar al Derecho Penal, como la última ratio; es tiempo de dejar de crear más y más leyes que resultan por demás carentes de toda técnica jurídica e incongruentes con nuestras normas fundamentales, pues ello no resuelve el problema de la delincuencia, basta con aplicar cabalmente las que ya existen.

B I B L I O G R A F I A:

- 1.- **Bottiol, Guisepe.**- "Derecho Penal". Parte General.- 4ª. Edición, Editorial Temis.- Bogotá, 1965.
- 2.- **Carrancá y Trujillo, Raúl.**- "Derecho Penal Mexicano" Parte General.- Octava Edición, Editorial Libros de México.- México, 1967.
- 3.- **Castellanos Tena, Fernando.**- "Lineamientos Elementales del Derecho Penal".- Trigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa. S. A. - México 1993.
- 4.- **Cuello Calón, Eugenio.**- "Derecho Penal".- Tomo I. Parte General.- Novena Edición, Editorial Nacional Edinal S. De R. L.- México, 1961.
- 5.- **Del Castillo Velasco, Jose María.**- "Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano".- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.- Editorial MMB, S. A.-Primera Edición, México, 1993.
- 6.- **Jiménez Huerta, Mariano.**- "La Tipicidad".- Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1955.
- 7.- **Fontán Balestra, Carlos.**- "Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- 8.- **Fontecilla, Riquelme.**- "El Concurso Aparente de Leyes y sus Principios Fundamentales".- Ediar Editores, Primera Edición, Buenos Aires, 1946.

- 9.- **García Ramírez, Sergio.**- "Delincuencia Organizada" .- Editorial Porrúa S. A. , Primera Edición, México, 1997.
- 10.- **Gómez Lara, Cipriano.** "Teoría General del Proceso".- Novena Edición, Editorial Harla, México, 1996.
- 11.- **González de la Vega, Francisco.**- "El Código Penal Comentado".- Editorial Porrúa, Séptima Edición.- México, 1985.
- 12.- **Jiménez de Asúa, Luis.**- "Tratado de Derecho Penal". Tomo II, Editorial Losada, Primera Edición.- Buenos Aires, 1950.
- 13.- **Jiménez de Asúa, Luis.**- "Tratado de Derecho Penal". Tomo V. Primera Edición, Edit. Losada, Buenos Aires, 1956.
- 14.- **Jiménez De Asúa, Luis.**- "La Ley y el Delito".- Tercera Edición.- Editorial Cárdenas.- Buenos Aires, 1990.
- 15.- **Mezguer, Edmun.**- "Derecho Penal" (Parte General).- Primera Edición. Editorial Cárdenas. Traducida por Ricardo C. Niñez, México. 1985.
- 16.- **Orellana Wiarco, Octavio Alberto.**- "Teoría del Delito".- Tercera Edición, Editorial Porrúa. S. A. .- México, 1996.
- 17.- **Orgás, Alfredo.**- "La Culpa".- Primera Edición.- Ediciones Lener, Buenos Aires, Argentina, 1970.

18.- Pavón Vasconcelos, Francisco.- "Concurso Aparente de Normas".- Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1989.

19.-Pavón Vasconcelos, Francisco.- "Manual de Derecho Penal Mexicana".- Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A. - México, 1985.

20.-Pavón Vasconcelos, Francisco.-"Nociones de Derecho Penal Mexicano".- Parte General.- Tomo II.- Editorial Instituto de Ciencias Autónomas, México, Zacatecas, 1964.

21.- Porte Petit Candaudap, Celestino.- "Apuntamientos de la Parte General deDerecho Penal".- Editorial Porrúa; S. A. - Primera Edición, ;México, D. F. 1969.

22.- Puig Peña, Federico.- "Colisión de Normas Penales".- Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, 1995.

23.- Reyes Echandía, Alfonso.- "La Culpabilidad".- Primera Reimpresión.- Edit. Universidad Externado de Colombia.- Colombia, 1979.

24.- Reyes Echandía, Alfonso.- "La Punibilidad".- Primera Edición.- Edit. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.* Colombia, 1978:

25.- Reyes Echandia, Alfonso.- "Tipicidad".- Editorial Temis, Quinta Edición Bogotá Colombia, 1989.

26.-Teja Zabre, Alfonso.- "Código Penal de 1931".- Revisado según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del Lic. Alfonso Teja Zabre.- 4º. Edición, Editorial Botas.- México, 1938.

27.- Vela Treviño, Sergio.- "Culpabilidad e Inculpabilidad".- Primera Edición, Edit. Trillas.- Mexico, 1977.

28.- Villalobos Ignacio.- "Derecho Penal Mexicano". Parte General.- Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A. De C. V. – México, 1990.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal Federal.
- 3.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- 4.- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- 5.- Semanario Judicial de la Federación. Séptima, Octava y Novena Épocas.

MATERIAL SIVERNÉTICO:

- 1.- IUS 2000.- Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-2000.
- 2.- ACERVO JURÍDICO.- México, 2000.
- 3.- JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS.- Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1999.

DIARIOS Y PERIÓDICOS:

- 1.- Diario Oficial del 14 de diciembre de 1871.
- 2.- Diario Oficial del 9 de febrero de 1929.
- 3.- Diario Oficial del 14 de agosto de 1931.
- 4.- Decreto del 2 de julio de 1996, Publicado en el Diario Oficial de 3 de julio de 1996.
- 5.- Decreto del 6 de noviembre de 1996, Publicado en el Diario Oficial del 7 de noviembre de 1996.
- 6.- Artículo Publicado por Jiménez de Asúa, Luis.- Diario "El Universal".- 18 de febrero de 1930.