

484



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**POLITICA CRIMINAL Y
DELINCUENCIA ORGANIZADA**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
JOSE LUIS ALFREDO LEON ARIAS**

**ASESOR:
LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO**



MEXICO, D.F.

293143

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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno LEON ARIAS JOSE LUIS ALFREDO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, la tesis profesional intitulada "POLITICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "POLITICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno LEON ARIAS JOSE LUIS ALFREDO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 16 de marzo de 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis está dedicada a la Universidad Nacional Autónoma de México, a los maestros, investigadores y estudiantes que le dan vida. Ser alumno de esta institución ha sido la experiencia más valiosa de mi vida. Ahora gracias a la Universidad tengo un futuro.

A mis abuelos, Emilio y Soledad, siempre presentes en mi pensamiento, por hacer de mi niñez una magia.

A mis padres, Irma Arias Sánchez y José Luis León Duran, por su amor, apoyo y entrega incondicionales. Gracias por enseñarme que la vida es esfuerzo.

A mis hermanas, Fabiola e Irma León Arias, por su paciencia.

A mi hermana Natalia Arias Trejo, por compartir conmigo un gran tesoro, la niñez.

A mi tío, Licenciado Raúl Arias Sánchez, quien con su apoyo, consejos, regaños oportunos y cuestionamientos determinantes, ha contribuido a mi formación.

POLITICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

INDICE

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO PRIMERO. MARCO CONCEPTUAL

1) Concepto de Delito..... 1
2) Concepto de Delincuencia..... 8
3) Concepto de Delincuencia Organizada..... 10

CAPITULO SEGUNDO. DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL

1) Función de Derecho Penal..... 20
2) Concepto de Política Criminal..... 24
3) El Bien Jurídico en el Derecho Penal..... 33
 A) El Tipo Penal..... 40
 B) Justificación de la Pena..... 53
4) Necesidad de un Representante de la Sociedad Como Persecutor de
Delitos..... 70

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'No. Bo.' followed by a stylized flourish.

CAPITULO TERCERO. DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DERECHO

COMPARADO

1) Combate a la Delincuencia Organizada en el Mundo.....	83
A) Colombia.....	84
B) España.....	88
C) Estados Unidos.....	90
D) Francia.....	92
2) La Delincuencia Organizada en México.....	94
A) Criminalidad.....	100
B) El Narcotráfico.....	107
C) Reforma Constitucional y Penal de 1996.....	111
D) Iniciativa de la ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	122
1) Exposición de Motivos.....	125

CAPITULO CUARTO. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA

ORGANIZADA

1) El Tipo Penal en la Delincuencia Organizada.....	128
A) Pluralidad de Sujetos.....	131
B) Delincuencia organizada o Agravante de la Asociación Delictuosa.....	133

2) Facultades Del Ministerio Publico En La Investigación Contra La Delincuencia Organizada.....	136
A) Reglas Generales.....	136
1) El Órgano Investigador.....	136
2) Investigación Compartida.....	142
B) Reserva de las Actuaciones en la Averiguación Previa.....	144
C) Ordenes de Cateo e Intervención de Comunicaciones.....	144
D) Aseguramiento de Bienes.....	152
E) Protección de Personas.....	160
F) Colaboración en la Persecución de la Delincuencia Organizada.....	162
G) Prisión Preventiva y Ejecución de Penas y medidas de Seguridad.....	166
H) Las Penas En La Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada.....	168
CONCLUSIONES.....	171
FUENTES CONSULTADAS.....	176

INTRODUCCIÓN

En el mundo existe desgraciadamente una tendencia actual al aumento de los delitos realizados por organizaciones criminales, es decir un tipo de delincuencia que no es la común, o "habitual", sino de grupos que han hecho del delito una actividad "empresarial", que han desafiado las instituciones y al estado de derecho y que ponen en peligro la estabilidad social y la seguridad nacional.

El Estado y las autoridades como garantes del bienestar colectivo y de la preservación del orden público son responsables de hacer frente y abatir éste tipo de criminalidad que ha crecido desmesuradamente y que hace de la sociedad su rehén principal, haciendo cada vez mas difícil la vida en comunidad.

El Derecho y las leyes como producto de la correlación de fuerzas existentes en un tiempo y lugar determinados nacen y se reforman de acuerdo a las necesidades sociales, es en éste punto donde emerge la actuación del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos fundamentales para hacer posible la vida en sociedad y es a través de la Política Criminal y de la tipificación de conductas que se consideran lastimosas y dañinas a la sociedad como se logran proteger dichos valores.

México no escapa a la actuación de éste tipo delincuencia y con mayor frecuencia se tiene conocimiento del actuar de éstas organizaciones en distintos rubros como son, el trafico de drogas, los secuestros, el robo de vehículos, el lavado de dinero conocido en nuestra legislación como operaciones con recursos de procedencia ilícita entre otros, este fenómeno ha provocado que la seguridad pública se haya convertido en una de las tareas más importantes en el sexenio anterior (1994-2000) –y en el presente también– a grado tal que se han impulsado distintas reformas constitucionales y legales

que han endurecido el sistema penal mexicano, y como ejemplo palpable de ello lo es la Ley Federal Contra la Delincuencia organizada que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

En el presente trabajo se analizara la relación que existe entre la Política Criminal y el Derecho Penal y la función que realizan éstos dos campos del conocimiento para hacer frente a la delincuencia organizada, a la luz de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

De esta manera en el primer capítulo daremos como preámbulo, distintos conceptos importantes y fundamentales como son el de delito, delincuencia y delincuencia organizada, dando la concepción de distintos autores que han formulado sobre dichos temas. Consideramos esto de gran importancia para primero entender que es una conducta delictiva, qué significa la palabra delincuente y qué se quiere manifestar cuando se hace referencia a la delincuencia organizada.

En el segundo capítulo se abordan tópicos como son la función del Derecho Penal, dando la Justificación de la existencia de esta rama del derecho, entraremos al estudio de la política criminal como medida para abatir la criminalidad analizaremos también que es el bien jurídico en el derecho penal y justificaremos la existencia del tipo penal y de las penas para sancionar determinadas acciones, se realizara también un estudio sobre la necesidad de la existencia de un representante social para la investigación y persecución de los delitos.

En la tercera parte de este trabajo presentaremos un breve estudio sobre el combate al delito organizado en el mundo presentando casos específicos y en una segunda parte del capítulo en comentario, se arribará al estudio de la delincuencia organizada en México, la criminalidad, el grave problema del narcotráfico, la reforma constitucional y penal de 1996 y se estudiara la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y su respectiva exposición de motivos.

El capítulo cuarto presentara un estudio sobre el tipo penal en la antes mencionada, la pluralidad subjetiva que exige esta descripción punitiva, asimismo analizaremos si dicho ordenamiento es solo una agravante del delito de asociación delictuosa. En segundo lugar se abordara el estudio del Ministerio Público y sus atribuciones como órgano persecutor de la delincuencia organizada.

Por último se realizaran las conclusiones que estimemos conducentes de acuerdo al desarrollo del presente tema.

ABREVIATURAS

art. Artículo.

a.p. acervo personal.

C. Constitución.

CPF. Código Penal Federal.

D.O.F. Diario Oficial de la Federación.

ed. edición.

Edit. Editorial.

et. al. y otros.

LABA. Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados.

LFCDO. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

M.P. Ministerio Público.

M.P.F. Ministerio Público Federal.

p. página.

pp. paginas.

S.H.C.P. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

T. tomo.

CAPITULO PRIMERO. MARCO CONCEPTUAL.

1) CONCEPTO DE DELITO.

Antes de entrar al estudio del tema principal que se aborda en el presente trabajo, debemos saber y entender primeramente el concepto de delito, que es una conducta o acción que violenta y transgrede los valores y normas establecidas por la sociedad y susceptible de castigarse.

Estas conductas alteran el orden social y por eso son reguladas por normas que la misma sociedad establece y cuando éste orden se viola se castiga al autor de esta conducta lesiva para la sociedad.

Los autores han tratado en vano de producir una definición de delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. Como se aprecia, el concepto de delito ha evolucionado y cambiado de acuerdo con el desarrollo de la humanidad de acuerdo a sus variantes circunstancias de tiempo modo y lugar, dado que el delito se manifiesta como un ente producto de la cultura con diversas modalidades que producen consecuencias de gran trascendencia jurídica.

Dadas las cuestiones enunciadas, necesitamos de un concepto jurídico integral de delito para arribar a un panorama más claro a este respecto y obtener un pensamiento más diáfano sobre el particular por lo que citaremos a continuación diversos conceptos de delito que han sido elaborados por distintos autores:

1.- Etimológicamente: “delito es tomado del latín delictum, que a su vez deriva, del participio delinquere faltar, cometer una falta, derivado de linquere, dejar y del prefijo de, y lo podemos tomar como abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”¹.

2.- Definición de Carrara: “principal exponente de la Escuela Clásica- define al delito como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”².

Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente, en la violación del derecho; al delito lo denomina como infracción a la ley, puesto que un acto se convierte en delito cuando choca contra ella, dicha conducta infringe la ley del Estado y agrega que esta se promulga para proteger la seguridad de los ciudadanos.

3.- Definición natural: Rafael Garófalo apunta: “delito es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”³.

Con esta definición se hace una simple referencia histórica, pues ha sido claramente superada por otros conceptos más acuñados y completos, además de que se refiere a aspectos sociológicos y no encuadra aspectos legales aunque claro, la sociedad marca el camino del derecho.

4.- Definición de Beling: “Es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”⁴.

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 32ªed. México, 1993. p. 125.

² CASTELLANOS TENA Op. Cit. p. 125.

³ Ibidem. p. 127.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Harla. Clásicos del Derecho Penal, volumen #3. México, 1997. p. 132.

Del concepto mencionado se deduce que para ser delito, un acto necesita reunir estos requisitos: acción descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, antijuridicidad; dolosa o culposa, es decir que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea, que tenga fijada una penalidad, y que se den las condiciones objetivas de punibilidad.

5.- Mayer define al delito como: “acontecimiento típico, antijurídico e imputable”⁵.

Esta definición no difiere esencialmente del concepto expuesto por Beling, pero lo expuesto por el primer autor de los últimos dos mencionados, nos sugiere la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del delito.

6.- González Quintanilla nos dice: “el delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable”⁶.

Se observa en la definición transcrita, que se suprime como elemento del delito, el relativo al comportamiento punible y a la imputabilidad. Esta última no se menciona como parte del esquema del delito “por tratarse de una referencia al delincuente no al delito”⁷.

De igual forma no toma en cuenta las condiciones objetivas de punibilidad pues “son meras características típicas”⁸.

7.- Definición de Silvio Ranieri: “Delito es el hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica sancionada con pena en sentido estricto (pena criminal), lesivo o peligroso para los bienes o intereses considerados por el legislador como

⁵ Ibidem.

⁶ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 4ª ed. México, 1997. p. 193.

⁷ GONZÁLEZ QUINTANILLA Op. Cit. p. 195.

⁸ Ibidem.

merecedores de la más enérgica defensa, y expresión reprobable de la personalidad del agente, tal como se encuentra en el momento de su comisión”⁹.

Esta definición como podemos percibir, no es, por lo tanto, puramente nominal, como la que dice que “delito es un hecho punible”, y tampoco incompleta, como las que nos dan un concepto puramente formal, o puramente social, sino contiene todas las afirmaciones necesarias y suficientes para caracterizar al delito, como realidad social y jurídica, y, a un mismo tiempo, como hecho del hombre que tiene importancia para el derecho.

8.- Definición substancial: nos dice que “el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible”¹⁰.

Esta conceptualización se adhiere a un criterio pentatómico de delito pues envuelve sus cinco elementos integrantes del delito, la conducta, la adecuación de este hacer o no hacer a lo descrito en la norma, el actuar contrario a lo establecido en la ley, la culpabilidad y la pena o medida de seguridad impuesta a esta acción.

9.- El Diccionario Jurídico Mexicano, define al delito como: “acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.”¹¹.

Se considera al delito en este concepto como ente jurídico consistente en una conducta descrita en la ley, que contravenga lo dispuesto en ésta y que tenga una sanción establecida en el dispositivo legal.

10.- Definición legal: El Código Penal Federal, en su artículo 7, define al delito como: el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En dicha definición percibimos

⁹ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Editorial Temis. 17ª ed. Colombia, 1990. p. 141.

¹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 11ª ed. México, 1994, p. 177.

¹¹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., T. D-H, Porrúa, 4ª ed., México, 1991. p. 868.

que el acto u omisión se ubican como primer componente, es decir, el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, sea, violando una prohibición penal, o bien no realizar un acto cuya ejecución impone la ley. En segundo termino encontramos que esta acción o abstención sean sancionados con una pena o medida de seguridad establecida en el precepto criminal y por esta razón, “ no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal”.¹².

No obstante está definición es susceptible de criticarse pues en primer lugar diremos que hay conductas que sin perder el carácter de delictuosas no se les impone la pena descrita en el precepto legal, dicha situación es dable cuando emerge una excusa absolutoria señalada en el ordenamiento anteriormente citado, además en el concepto aludido solo aparecen algunos elementos del delito y se hace una implícita alusión a la tipicidad es decir la adecuación de la acción al enunciado legal. Empero hay una gran discrepancia entre los autores para unificar criterios en cuanto al número de elementos del delito, nos adherimos a la teoría que integra al delito la conducta, tipicidad, imputabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad.

Una vez señaladas distintas definiciones de delito daremos una conceptualización propia y diremos entonces que delito es un ente jurídico consistente en una conducta que puede consistir en una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y a la que le corresponde una pena descrita en la descripción legal, es un ente jurídico porque es una creación de la ley que protege distintos bienes individuales o colectivos para hacer posible la convivencia social y consiste en una conducta que debe adecuarse al supuesto previsto en la norma, que se opone a la ley penal y se imputa al autor de ésta conducta y al cual se le impone una sanción contenida en el enunciado legal.

Una vez expuesta la concepción que tenemos sobre lo que es el delito y, al haber manifestado distintas definiciones nos permitiremos establecer, por ser necesario para nuestra investigación lo que es el delincuente.

¹² PORTE PETIT CANDAUDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 17ªed. México, 1998. p. 203.

1.-Delincuente es: “La persona que delinque; el sujeto activo de un delito o falta, como autor cómplice o encubridor”¹³.

Esta definición en principio nos pudiere parecer demasiado genérica. Empero en dos de sus componentes –persona y delito- encontramos el marco de referencia para derivar la esencia delictiva en el ser humano, es decir, la compleja relación entre individuo, sociedad y orden jurídico.

2.-Otra definición nos dice: “Delincuente es el sujeto que ha cometido un acto sancionado como delito por la ley penal”¹⁴.

En esta noción nos percatamos que indica, como la anterior, al delincuente como la persona que realiza el acto que el dispositivo legal califica como delito y que para ello marca una sanción.

Las diversas Escuelas se han pronunciado en cuanto a este tema del delincuente. La corriente Clásica ve al delincuente como un ser normal, capaz de adoptar libremente actitudes buenas o malas merecedor por consiguiente de penas represivas. En tanto la Escuela Positiva sostiene que el delincuente es una especie determinada de hombre, con características anatómicas, fisiológicas y psicológicas propias que determinan una tendencia innata a delinquir; excluyendo así la interpretación de su conducta como resultado del albedrío del sujeto.

Es necesario tener en cuenta qué tipo de delinquentes existen y como es su clasificación por lo cual nos disponemos a señalar lo siguiente:

DELINCUENTE OCASIONAL: “Es aquel que sin presentar tendencia nativa al delito, cae más bien por el incentivo de ofertas tentadoras para las condiciones personales y por el ambiente externo, físico y social”.¹⁵

¹³ DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS, SOCIALES Y DE ECONOMÍA. Santoyo Víctor, Director. Edit. UNIVERSIDAD. Buenos Aires, Argentina, 1996. p.320.

¹⁴ DICCIONARIO DE CIENCIAS POLÍTICAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Ossorio Manuel. Edit. Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1992. p. 211.

DELINCUENTE PROFESIONAL.- “Aquel que de manera habitual comete los delitos con finalidad lucrativa, convirtiendo los hechos delictuosos en profesión o medio de vida”.¹⁶

DELINCUENTE POLITICO.- “Aquel que realiza actos tendenciosos a cambiar el ordenamiento político y social existente en un país dado; de modo especial mediante la eliminación violenta de las personas que están a su cabeza”.¹⁷

DELINCUENTE HABITUAL.- “El que delinque reiteradamente por una especie de complicidad del ambiente social en que ha nacido y crecido”.¹⁸

Para Ferri, los delincuentes habituales por costumbre adquirida, suelen iniciarse en la delincuencia cuando son jóvenes, casi siempre en delitos contra la propiedad, viéndose arrastrados luego a la costumbre crónica del delito por el medio social.

Con lo expuesto afirmamos que delincuente es aquel que realiza la descripción hecha por la ley penal ya sea en forma dolosa o culposa y que con su actuar transgrede el orden que la sociedad a establecido como necesario para su convivencia y como consecuencia se le aplica la sanción que la norma prevé.

Para efectos del presente estudio habrá que visualizar que clase de delincuentes forman parte de la delincuencia organizada en tal virtud atendiendo a la clasificación que antecede, es el delincuente habitual dadas sus características expuestas, pues es un sujeto propenso a formar organizaciones delictivas y reincidir en la realización de actos ilícitos, empero en este punto cabe hacer un señalamiento determinante, el delincuente habitual por el medio social en el que se desplaza tiene una inclinación hacia la actividad delincuencial pero cuando hace de estos actos su modo de vida, es decir lucra con su actuar y obtiene ganancias reiteradas estamos hablando entonces del delincuente profesional que vive del delito, quien, se encuentra inmerso en este fenómeno de la

¹⁵ Ossorio Manuel Op. Cit. p. 212.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ossorio Manuel Op. Cit. p. 211.

delincuencia organizada y realiza actos delictivos para obtener ganancias; como por ejemplo el secuestro, el robo de autos, tráfico de armas etc.

2) CONCEPTO DE DELINCUENCIA.

Una vez abordado el concepto de delito y de haber realizado un breve estudio sobre lo que significa la noción de delincuente como punto y base de partida para la elaboración de este trabajo, nos dispondremos a señalar y definir lo que es la delincuencia, para lo cual recurriremos a distintas definiciones para entender lo que representa este fenómeno social:

1.- “La delincuencia suele entenderse como el conjunto de delitos observables en un grupo social determinado y en un momento histórico dado”¹⁹.

Esta noción nos expone a la delincuencia en función del número de delitos dables en una comunidad y en un tiempo determinado.

2.-“Conjunto de delitos, ya en general, ya propios de un país, época o especialidad”²⁰.

Esta definición también nos remite a tener en cuenta y considerar la cantidad de delitos que se llevan acabo en un tiempo y lugar determinados.

Con base en lo mencionado, podemos afirmar que los individuos cuyas conductas consisten en un hacer o en una abstención transgreden la ley penal, y los

¹⁹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., T. D-H. Edit. Porrúa. 4ªed. México, 1991. p. 866.

²⁰ DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS, SOCIALES Y DE ECONOMÍA. Santoyo, Víctor. Director. Edit. UNIVERSIDAD, Buenos Aires, Argentina, 1996. p.320.

delitos que realizan en su conjunto existen en un grupo social determinado y en un tiempo, es el fenómeno que conocemos como delincuencia, de lo cual deriva que este flagelo perturbe la convivencia social al conculcar los valores y bienes que la sociedad tutela a través de la ley punitiva, para preservar la vida en sociedad.

A la delincuencia se le entiende en función de la existencia previa de la ley penal su violación y la reacción social –formal y/o informal- que dicha transgresión genera dentro del grupo social. El enfoque aplicado al análisis de la delincuencia es sociológico; y los temas centrales del mismo son el estudio de las complejas relaciones entre estructura social, delincuencia y reacción social de la comunidad y del Estado.

Si entendemos a la delincuencia relativa a la transgresión de la ley penal y a la reacción social que ésta última genera, la esencia del fenómeno delictivo estará determinada por los tres presupuestos siguientes:

- a) Existencia previa de la ley penal.
- b) La transgresión a la ley penal.
- c) La reacción social.

La delincuencia, constituye un verdadero fenómeno social, que se expresa por la comisión de actos violatorios de la ley, implicando también transgresiones a los valores éticos de la comunidad; es decir, la delincuencia configura una doble conducta: antijurídica a la vez que antisocial.

Entre las teorías penalistas, el concepto de delincuencia cobra especial importancia en la Escuela Antropológica, a la que le interesa fundamentalmente su etiología, el estudio de las causas de la delincuencia. A la prevención y represión de la delincuencia están encaminadas las penas y medidas de seguridad contenidas en las leyes penales.

La delincuencia se ha presentado como un fenómeno social que en cada país se observa en mayor o en menor grado, en el caso de México se manifiesta de manera muy aguda, ante éste problema las autoridades, entre éstas los legisladores, han querido darle solución al problema creando leyes especiales, como lo es la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, sin embargo, el asunto es más complejo, su origen lo podemos hallar en factores de corte social que inciden de manera directa en el desarrollo de la vida del individuo como son condiciones económicas, educacionales, el medio ambiente en el que se desenvuelve, entre otras sumadas a condiciones personales del individuo que influyen en el crecimiento desmesurado de la delincuencia, en número y peligrosidad para alterar la vida en sociedad y que hacen del delito su empresa habitual.

3) CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Antes de iniciar el estudio del tema que nos ocupa consideramos de trascendencia exponer algunas consideraciones sobre crimen y delito, sin perder de vista la estrecha relación que guardan los conceptos mencionados.

A continuación señalamos los siguientes pronunciamientos:

El Doctor Carrancá y Trujillo nos dice al respecto: “junto a las primeras ideas de solidaridad humana hallamos también al crimen, desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirán en extra y antijurídicos”²¹.

²¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 15ª ed., México, 1986. p.15.

La palabra crimen, deriva del “latín crimen-inis, acusación, en la baja época falta”²².

El Doctor Rodríguez Manzanera nos dice que crimen: es la conducta antisocial propiamente dicha, es un episodio que tiene en principio, un desarrollo y un fin.

“En este nivel se analizan todos los factores y causas que concurrieron para la producción del evento”.²³

El autor citado, distingue crimen de delito, diciendo que delito es la violación a la ley penal, por lo que no todo delito es un crimen ni todo crimen es un delito.

En una recopilación de trabajos en el área criminológica denominada “Sociología del Crimen y de la Delincuencia”, se precisan los dos enfoques en relación con el crimen: el jurídico y el sociológico:

Desde una perspectiva jurídica crimen es la violación a la ley penal y la reacción que lo anterior produce por parte de la comunidad del Estado.

Sociológicamente hablando, crimen es lo que se desvía de los patrones culturales predominantes y la reacción del Estado y de la comunidad ante dicho fenómeno.

El Doctor Márquez Piñero nos ofrece una definición y nos dice coincidiendo con las nociones anteriores en cuanto a la diferencia entre delito y crimen: el delito, de donde se deriva la delincuencia como “la acción de aquel, es eminentemente normativo, a contrario al crimen cuyo concepto es esencialmente conductual”²⁴.

²² DICCIONARIO ETIMOLOGICO CASTELLANO E HISPÁNICO. COROMINAS, Edit.Gredos. Madrid, España, 1984. p. 243.

²³ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Edit. Porrúa. 8ª ed. México 1993. p. 25.

²⁴ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Criminología, Edit. Trillas, México 1991. p.27

La razón fundamental, que explica, se encuentra en el principio de legalidad, como piedra angular en la ámbito del derecho penal. El principio *nullum crimen nulla poena sine lege* es el pilar sobre el cual descansa todo el entramado jurídico teórico en torno a la concepción del delito, todo delito para tener este carácter requiere de estar previamente establecido en la ley punitiva. En cambio, el crimen, desde la arista criminológica comprende un cúmulo de conductas no necesariamente delictivas.

Por lo tanto para concretar mencionamos: crimen puede ser una conducta que conculca y transgrede los valores éticos y sociales de una comunidad, es comportamiento grave que altera la convivencia social pero que no siempre es un delito pues existen conductas antisociales que no están tipificadas como delitos.

Consideramos pertinente antes de adentrarnos en el estudio de la delincuencia organizada y una vez señalados los conceptos de delito, delincuencia, y haber establecido lo conducente en cuanto a crimen y delito; entender el significado de "organización".

Podemos señalar: organización es el medio por el cual se puede ordenar y estructurar una serie de actividades para que su fin se lleve a cabo de la forma en que se espera, ya que los elementos de esa actividad deben seguir un lineamiento específico para que se de su resultado. El requisito de organización permite insistir en la existencia de un propósito o finalidad criminosa integral:

"ajuste de órganos cuyo trabajo está invariablemente sujeto al plan preestablecido y caracterizado también por lo 'estable', por lo 'permanente.'"²⁵

Hechas estas aclaraciones, podemos entrar a analizar algunas características específicas de la delincuencia organizada. Ya hemos dicho que una esencial es la de la permanencia. "A ello hay que añadir una estructuración de actividades entre quienes participan en la comisión del fenómeno delictivo, dividiéndose el trabajo, asignándose

²⁵ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. 12ªed. México, 1996. p.264.

tareas y muchas veces llegando a una jerarquía en donde hay un jefe, mandos intermedios y posteriormente operadores de base”.²⁶

También hemos señalado que generalmente la motivación más frecuente para la creación de este tipo de organizaciones es la obtención de beneficios económicos; esto quiere decir que las agrupaciones de esta índole dirigen su acción a la comisión de delitos que permiten obtener un lucro, por ejemplo; robo, fraude, extorsión, secuestro, tráfico de armas etc.

La Organización de las Naciones Unidas, nos dice que debe entenderse al crimen organizado “como una serie de actividades delictivas complejas que llevan a cabo en gran escala organizaciones u otros grupos estructurados y cuya finalidad principal es la obtención de beneficios económicos”.²⁷

Atendiendo a lo anterior diremos entonces que los elementos que dan composición a la delincuencia organizada son:

- a) Conjunta de acciones delictivas complejas.
- b) Realizadas por organizaciones o grupos estructurados.
- c) Con el propósito teleológico de obtener beneficios económicos.

El Doctor Raúl Plascencia Villanueva nos muestra una distinción al señalar que “las empresas criminales se dedican principalmente, al fraude de inversiones, al contrato de trabajo ilegal, al tráfico ilegal de desechos industriales y al lavado de dinero; en tanto el crimen organizado tiene como principal interés la lesión de bienes fundamentales”.²⁸ ,

²⁶ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. U.N.A.M. I.I.J. México, 1997. p. 18.

²⁷ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Criminología ante el Crimen Organizado; en, Crimen Organizado y Secuestro, Dos reflexiones. UNISON. México, 1995. p. 14.

²⁸ PLASCENCIA VILANUEVA, Raúl y Montes López, Militz. Crimen Organizado y Delincuencia Organizada; en, Crimen Organizado y Secuestro, Dos reflexiones. UNISON. México, 1995. p. 14.

como son la salud a través del narcotráfico, seguridad pública por medio del terrorismo etc.

Anteriormente el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se refería a la delincuencia organizada, para facultar al representante social a ampliar el término constitucional, de la siguiente manera: “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; piratería previsto en los artículos 146 y 147; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152, ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; contra salud previstos en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196 bis, 198 parte primera de su párrafo tercero, trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; falsificación o alteración de moneda previsto en los artículos 234, 236 y 237, de violación previsto en los artículos 265, 266, 266 bis, asalto en carreteras o caminos previsto en el artículo 286, homicidio previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a VI exceptuándose los párrafos antepenúltimo y penúltimo, robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis, extorsión previsto en el artículo 390; así como los previstos en los artículos 83 fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas, y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, tortura, previsto en el artículo 3º y 5ª de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, y los previstos en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo, 105 fracción IV y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

Si la integración de la averiguación previa requiriera mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 133 bis”.²⁹

Actualmente el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales reformado en noviembre de 1996 establece: “En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la Ley Federal en materia de Delincuencia Organizada”.

Nuestra norma fundamental en el párrafo séptimo de su artículo 16 establece “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en su artículo segundo señala acerca de lo que es delincuencia organizada lo siguiente: “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos...” que establecen el Código Penal, Ley General de Salud, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley General de Población y que prevé el mencionado numeral.

Antes de la entrada en vigor del ordenamiento anteriormente mencionado, nos dice, Ignacio Carrillo Prieto que el término incorporado en 1993 en la Constitución General de la República en el párrafo séptimo de su artículo 16, solo otorga al Ministerio Público la facultad de poder duplicar el plazo de retención sobre el indiciado

²⁹ DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. DÍAZ DE LEON Marco Antonio. Edit. Porrúa. 3ª ed. México 1997. pp.638 y 639.

y “al encontrarse definida la delincuencia organizada en el Código Federal de Procedimientos Penales”³⁰.

Sólo tenía el efecto de considerar plazos más amplios de retención por el Representante Social sobre presuntos responsables, y no se convierte en un delito autónomo.

En cuanto a la concepción de la delincuencia organizada se presenta un cambio por demás sorprendente, pues, introduce un tipo penal diverso de la descripción que hasta la fecha se encontraba en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que tenía su concepción de delincuencia organizada .

La modalidad de delincuencia organizada “implicaba la acreditación de la organización bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para pensar en la posibilidad de su existencia, además de la necesidad de probar que dicha reunión de personas es con la finalidad de cometer algún delito”³¹.

Por lo que, más que un tipo penal, constituía una modalidad en la concreción de ciertos tipos penales, pues no era dable su existencia por sí sola, situación distinta de lo que sucede en la actual concepción, pues ahora se le concibe como un tipo penal autónomo.

Como podemos percibir el artículo 194 bis antes de la reforma de 1996 daba un concepto de delincuencia organizada pero de ninguna manera nos señalaba todavía un tipo autónomo de delincuencia organizada sino que en ese momento justificaba y facultaba al Ministerio Público para duplicar el termino constitucional y de esta manera poder integrar con elementos más sólidos la averiguación previa de acuerdo a los delitos previstos que el artículo en comento consideraba como delincuencia organizada.

³⁰ CARRILLO PRIETO, Ignacio y MÁRQUEZ HARO Haydeé La Intervención Telefónica Ilegal. Edit. P.G.R., México, 1995. pp. 70 y 71.

³¹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Edit. U.N.A.M., I.I.J., México, 1998. p. 277.

El derecho de la sociedad a defenderse de las conductas se arraiga en las formas jurídicas más antiguas. Ya las sociedades preestatales disponían de normas para sancionar a quien quebrantaba los principios de la convivencia colectiva y contaban con formas primitivas de autoridad para imponer dichas sanciones.

Podría decirse que, en realidad, el primer derecho, es el derecho penal, porque las ofensas cometidas en contra de la comunidad constituían conductas que debían ser sancionadas y presuponían la existencia de normas, así fueran consuetudinarias, reconocidas de manera general por lo integrantes de aquellas agrupaciones primitivas

Hasta hace algunos años, la delincuencia se había caracterizado por la fácil identificación del victimario y la víctima, así como del interés jurídico afectado; por lo tanto existían mayores posibilidades para enfrentarla; actualmente esto no ocurre.

En los últimos tiempos, frente a este tipo de delincuencia, que ha sido señalada como tradicional, empieza a aparecer otro tipo de delincuencia que se caracteriza por su violencia y organización, y que deja de ser ya un problema de carácter local o nacional, para convertirse en uno de carácter internacional que, por lo tanto, no interesa ya solamente a un Estado, a un país, sino a muchos países del mundo.

Con el crecimiento desmesurado de los índices delictivos, los órganos de gobierno encargados de brindar seguridad y estabilidad social comenzaron a preocuparse por este aumento en la incidencia delictiva y la peligrosidad de los partícipes que actúan en estas acciones antisociales, de tal manera que es en el año de 1996 cuando el Poder Ejecutivo Federal adquiere como una de las tareas fundamentales del Estado el combate a la delincuencia y envía al Congreso de la Unión la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada al percibir que las organizaciones delincuenciales rebasan por mucho las tareas de las instituciones encargadas de combatir el delito en sus respectivas competencias.

Una vez hechas las reflexiones que anteceden nos disponemos a señalar el siguiente estudio que nos parece relevante acerca del tema en examen.

A fin de cumplir con las recomendaciones del Consejo de Europa tendientes a elaborar la información sobre la incidencia de la delincuencia organizada en la Unión Europea durante 1994; el grupo denominado Drogas y Criminalidad analizó datos por medio de la aplicación de cuestionarios, por virtud de los cuales se llegó a un consenso en cuanto a que si bien parecía prácticamente imposible redactar un texto en el que se definiera el concepto de criminalidad organizada, sí resultaba factible enlistar una serie de características que de una u otra manera se atribuyen a dicho fenómeno en diferentes países.

Se llegó así a un listado de once indicadores o características que suelen aparecer en los grupos delictivos, cuya actividad configura formas de delincuencia organizada, dichos indicadores son:

- 1 "Colaboración de más de dos personas.
- 2 Tareas repartidas.
- 3 Actuación por un periodo de tiempo prolongado o indefinido.
- 4 Utilización de alguna forma de disciplina o control.
- 5 Sospecha de comisión de delitos que por sí solos o de forma global sean de importancia considerable.
- 6 Operatividad a nivel internacional.
- 7 Empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar.

- 8 Uso de estructuras comerciales o de negocios.
- 9 Actividades de lavado de dinero.
- 10 Ejercicio de la influencia en política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales y económicas.
- 11 Búsqueda de beneficios de poder³².

Los delitos mas comunes entre la delincuencia organizada son: robo, secuestro, piratería, lavado de dinero, terrorismo, acopio de armas, tráfico de indocumentados, delitos contra la salud, falsificación de diversos documentos.

Las organizaciones delictivas han crecido en organización, en número, en el uso de tecnología de armas, financiera, de comunicación, han permeado las instituciones encargadas de combatirlas y estos factores en conjunto se traducen en una mayor peligrosidad, pues al realizar delitos sistemáticamente se pone en peligro daña y vulnera la convivencia y los valores sociales.

Esta es el flagelo que debe enfrentar el Estado mexicano y para esto se requiere de una preparación y actualización de los cuerpos policíacos y de las instituciones que procuran y administran justicia pues este tipo de delincuencia los ha rebasado.

³² ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Op. cit. pags. 139 y 140.

CAPITULO SEGUNDO. DERECHO PENAL Y POLITICA

CRIMINAL.

1) FUNCION DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal es el más conocido y de mayor interés para los que no tienen conocimiento alguno acerca del derecho. La sociedad se estremece ante los delitos más espectaculares, y los reportajes sobre noticias y crímenes apreciados en los distintos medios de comunicación, que captan la atención de un amplio sector de la población. Mientras el observador contempla estas situaciones, su interés por la delincuencia es tan importante como su deseo de no tener pendientes con la justicia penal, pues sabemos que una condena puede traer graves consecuencias para su vida particular y sus relaciones sociales.

Esta amenaza nos plantea la misión del derecho penal y su justificación pues esta rama del derecho forma parte de los mecanismos sociales que tiene por objeto obtener determinadas conductas de los individuos en la vida social. Exteriormente considerado, el derecho penal intenta alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un considerable rigor, pues éstas son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que se vinculan los más intolerables y dañinos para la vida en comunidad.

En este sentido el derecho penal es un sistema de control social que opera junto a otros instrumentos de igual fin. Pero es diferente de los otros instrumentos de control social porque tiene de por medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma, otras

sanciones por ejemplo éticas se hacen presentes de un modo casi informal y espontáneo; las del derecho penal por el contrario se ciñen a un procedimiento establecido para su aplicación y se encuentran preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración etc.

“Toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también independientemente del logro del resultado. Según el sentido de la actividad como tal.(valor del acto)”³³.

Para ser más explícito el mismo autor –Welzel–nos dice citando el siguiente ejemplo: uno de los valores elementales es el trabajo. Su significación puede apreciarse, por, una parte, a partir del producto material de la obra – que genera (valor de resultado o material del trabajo). Por otra parte, el trabajo posee, ya independientemente de si la obra se logra o no, una significación positiva en la existencia humana. El trabajo como tal en el ritmo de actividad e inactividad da plenitud a la vida humana; ciertamente solo como actividad plena de sentido; esto es, como actividad dirigida a una obra positiva. Pero este sentido subsiste aún cuando la obra no se logre (valor de acto de trabajo).”³⁴

Sin embargo esta valoración subsiste para lo negativo pues el desvalor de la acción se basa en que el resultado producido es valorativamente reprobable (desvalor de resultado de la acción). Empero un acto dirigido a un resultado intolerable o reprobado, también es susceptible de valorarse como reprobable, independientemente de que se alcance el resultado “(desvalor del acto de la acción, por ejemplo la acción del ratero que introduce la mano en el bolsillo vacío)”³⁵.

De esta forma podemos decir que el derecho penal protege bienes o valores que son muy importantes para la sociedad como son: la integridad del Estado, la vida, la propiedad, la integridad física, etc. (denominados bienes jurídicos), y por lo tanto establece consecuencias jurídicas a su lesión y/o puesta en peligro, de tal forma que es aquí donde encontramos el desvalor del resultado y/o del acto.

³³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, 11ª ed, Santiago de Chile, 1978. p.11.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ WELZEL. Op. Cit. pag. 12.

Esta protección de los distintos bienes jurídicos (tema del que hablaremos mas adelante), la cumple el derecho penal puesto que prohíbe y sanciona los actos dirigidos a la lesión de esto bienes tutelados por la norma, es decir se impide “ el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor del acto”³⁶.

El derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado los amenaza con sanciones establecidas de manera concreta.

Pero hay distintos comportamientos desviados, muchos de ellos no controlados o vinculados con el derecho penal y es aquí donde nos planteamos la interrogante siguiente: ¿cuáles son los actos desviados que son materia del derecho penal?. Los núcleos sociales llevan a cabo a través de instituciones competentes y mediante procedimientos formales, una selección de comportamientos que la comunidad considera nocivos y que son objeto del derecho penal. Los órganos del Estado determinan las acciones que serán sancionadas por el derecho penal sin embargo influyen también las instituciones de control social, como la policía o los jueces, al aplicar las normas legales que prescriben las sanciones para dichos comportamientos.

De acuerdo con lo mencionado, diremos que el delito es una manifestación de un comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que se le atribuye esa calidad por el poder legislativo que es competente para ello. Lo que caracteriza a todo delito es su divergencia “con los modelos aceptados de conducta, es decir, con los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas”³⁷.

Pero el derecho penal, que nos proporciona?, podemos afirmar que el derecho penal nos proporciona seguridad jurídica, puesto que esa es la función de todo el derecho y por ende también del derecho punitivo. Empero con esta aseveración no decimos mucho por lo que pasamos a comentar lo siguiente:

³⁶ Ibidem.

³⁷ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. 20ª ed., Bogotá Colombia 1991, p. 2.

La función del derecho penal es hacer posible la existencia con lo que se asegura la coexistencia y este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida el enfrentamiento entre todos los miembros de la sociedad. La manera en que el derecho quiere evitarla es asegurando a cada quien un ámbito de existencia y por lo tanto la función del derecho será la de asegurar la armonización de las existencias. En consecuencia podemos manifestar que la “seguridad jurídica es seguridad de la coexistencia”³⁸.

Con lo asentado nos percatamos que el derecho penal amenaza con una pena la realización de ciertos actos encaminados a la lesión de los bienes que la sociedad estima susceptibles de protección por parte de la norma punitiva, en otras palabras y tratando de ser más explícitos diríamos entonces: que tras la prohibición de matar se encuentra principalmente el respeto a la vida.

El derecho penal es parte del derecho público puesto que es público el interés por la tutela penal de los bienes jurídicos y por la aplicación de las penas para hacer posible una relación armoniosa entre los miembros de la sociedad, sin embargo esta rama del derecho posee como característica distintiva para diferenciarlo de las otras disciplinas jurídicas, la coerción penal, “pues el derecho penal provee a la seguridad jurídica mediante la coerción penal”³⁹.

Es decir las consecuencias jurídicas que le son propias a esta rama del derecho; las penas que son las más severas que impone el sistema social como son la privación de la libertad, multa o privación de algunos derechos, empero la sanción también puede consistir en la imposición de una medida de seguridad destinadas a impedir la reincidencia. (sanciones ambas de las que nos ocuparemos posteriormente).

Con lo expuesto, manifestamos entonces que el derecho penal tiene como función principal el prevenir la lesión a los distintos bienes vitales para la sociedad y que deben ser objeto de protección jurídica por parte de la norma punitiva, amenazando

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. I. Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1991. p. 45.

³⁹ ZAFFARONI Op. Cit. pag. 55.

su quebrantamiento o lesión con una sanción establecida en el precepto penal, que representa el castigo más severo utilizado por el Estado para hacer perenne la vida en comunidad y por ende la coexistencia.

2) CONCEPTO DE POLITICA CRIMINAL.

Para comenzar este tema tan amplio pero sumamente interesante, nos parece prudente y necesario primero saber que significa la palabra política.

Esta palabra la podemos utilizar para referimos “al arte de orientar y llevar a cabo los fines que apuntan las más variadas instituciones sociales, incluyendo los entes públicos y también las organizaciones privadas”⁴⁰.

De esta forma este vocablo lo podemos manejar en muchas ocasiones para hacer referencia a la línea de conducta o de acción que se elige tanto para una organización social como para un individuo; y entonces podemos hablar de la política de un gobierno, de la política de una empresa.

El Doctor Rodríguez Manzanera citando a Lukic nos dice que política es: “El conjunto de actividades socialmente conscientes encaminadas a conseguir unas metas determinadas, mientras que en el sentido más estrecho del término, estas actividades se realizan en el Estado, o más bien por intermedio del Estado”⁴¹.

El Estado es el encargado y facultado para planear y organizar la lucha contra la delincuencia haciendo uso de distintos y múltiples medios, por lo tanto su actividad es política y es criminal porque se refiere al delito.

⁴⁰ GONZÁLEZ QUINTANILLA. Op. Cit. p.43.

⁴¹ RODRIGUEZ MANZANERA. Luis. Criminología. Edit. Porrúa. 8ª ed. México, 1993. p. 116.

“La política criminal se articula al campo más amplio de la política general, la implicación de lo político con el empleo de respuestas estratégicas y tácticas, sobre las conductas definidas como criminales o de los comportamientos que atentan gravemente contra valores fundamentales de convivencia social, es algo que obedece a la estructuración política de los conglomerados sociales”.⁴²

La política criminal no es algo que pueda darse de manera aislada e independiente de la estructura central del poder, del tipo de Estado y de la filosofía política que lo inspira, incluso la misma política criminal que pudiere surgir de sectores de la sociedad, se lleva a cabo dentro del contexto político en el que tiene que ver el Estado, la correlación de fuerzas de los diferentes grupos sociales y movimientos sociales y políticos. La relación entre política puede inferirse de la idea de que esta última es una política específica que vinculada o articulada a otras, forma parte de la política general.

La política criminal según el Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas y Sociales citando al maestro Jiménez de Asúa nos dice: que “es el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales (pena) como de los de carácter asegurativo (medidas de seguridad)”.⁴³

Respecto de lo anteriormente anotado vemos que se nos hace referencia a que la política criminal esta constituida por principios que se basan en investigar científicamente al delito y en la medida en que la pena sea eficaz, sin embargo apreciamos que el investigar científicamente el delito puede llevarnos a distintos campos del conocimiento que efectivamente nos pueden indicar las diversas causas que dan origen al delito en la sociedad empero también, esta definición menciona a la sanción penal es decir las penas y medidas de seguridad en virtud de su eficacia pero habrá que pensar cual es la eficacia a la que se refiere es decir la prevención o la represión de las conductas delictivas, por lo tanto, disentimos y nos parece un tanto confusa e incompleta.

⁴² TOCORA, Fernando. Política Criminal Contemporánea. Edit. Temis. Bogotá, Colombia, 1997. p.10.

⁴³ Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas Y Sociales. Osorio, Manuel. Edit. HELIASTA S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992. p. 587.

González Quintanilla nos dice sobre política criminal: “es el contenido sistemático de principios -garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena- según las cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y sus formas de ejecución”⁴⁴.

Esta definición toma elementos de la anterior con los que estamos de acuerdo, empero la consideramos mas completa y comprensible en cuanto a que menciona que la lucha contra el delito la dirige el Estado a través de la coerción penal.

El Doctor Rodríguez Manzanera nos dice que la política criminal: “es tradicionalmente, la aplicación de todos aquellos conocimientos proporcionados por la investigación científica del crimen, del criminal y de la criminalidad, así como de la reacción social hacia ellos, en el intento de evitarlos en forma preventiva, y cuando esto no sea posible, reprimiéndolos”⁴⁵.

Esta opinión de nuestro último autor citado nos parece la más acertada, completa, clara y didáctica en cuanto a explicar que es la política criminal pues en esta concepción apreciamos que esta ciencia utiliza los conocimientos provistos por la investigación científica en cuanto al crimen, la criminalidad y el criminal para de esta manera evitar estas desviaciones sociales y de castigarlos cuando la prevención fracase.

Nos referimos a la política criminal como ciencia: entendiendo esta última como el “conocimiento cierto de las cosas por sus principios y sus causas”⁴⁶.

Coincidiendo con nuestro maestro el Doctor Rodríguez Manzanera quien la considera como una ciencia básica de las ciencias penales al decimos: “que sin ella es muy difícil (por no decir imposible) el lograr la finalidad preventiva deseada”⁴⁷.

⁴⁴ GONZÁLEZ QUINTANILLA. Op. Cit. p.45.

⁴⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA. Op. Cit. p.110.

⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española. Edit. Espasa-Calpe. 19ª ed. Madrid, España, 1984. p. 299.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA. *ibidem*

Sin embargo la política criminal no es solamente la que se circunscribe a las conductas que se definen como delitos y a las cuales se les asigna una pena sino implica otras respuestas extrapenales o extrapunitivas para alcanzar su fin, es decir la prevención, a través de la política social compuesta por programas de educación de empleo, de socialización participativa, de seguridad social.

La política criminal debe evolucionar, marchar al lado del derecho penal; entre el derecho penal teórico (dogmática) y la ley penal, de una parte, y la práctica penal de la otra. Creemos necesario e importante de acuerdo a los argumentos que anteceden, hacer referencia a la relación que existe entre dogmática penal y política criminal y ocuparnos también de la vinculación entre política criminal y derecho penal.

En cuanto a la relación entre la política criminal y el derecho penal, en referencia a este último creemos pertinente apuntar los diferentes pensamientos, escuelas o teorías que han influido en la evolución del derecho penal; que en nuestro continente ha sido producto de una determinante influencia de las teorías europeas y de sus codificaciones penales. "Las corrientes clásica, positivista y dogmática entre otras, nos parece que han sido importadas de sus países de origen sin mayores cuestionamientos acerca de la diferencia de realidades sociales entre el país de donde se toma el modelo y aquel donde se adapta"⁴⁸.

La influencia en el derecho penal la heredamos de nuestro pasado colonial. Es así como los primeros modelos de codificaciones nos vienen de España y Portugal, incluso con la independencia de los países Latinoamericanos los primeros códigos penales para este continente aparecen años después. Si el nuevo régimen republicano abrigaba la influencia de los postulados de corte liberal y en particular los derechos del hombre y del ciudadano, solo con el paso de los años y a través de la promulgación de las primeras codificaciones penales los sistemas penales se fueron alejando de la forma de justicia impuesta por la colonia.

⁴⁸ TOCORA, Fernando. Política Criminal en América Latina. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá Colombia, 1990. p. 27.

LA ESCUELA CLÁSICA.

La primera gran influencia teórica en el derecho penal la constituye la escuela clásica, con sus postulados referentes al libre albedrío y de la retribución como fin de la pena.

La adaptación de esta escuela a Latinoamérica se genera siguiendo la política europea de rechazo al absolutismo feudal y monárquico, cuyo equivalente en nuestro continente lo conformaba el rechazo al colonialismo. El nuevo sistema político liberal de mínima intervención del Estado en la esfera del ciudadano sería bien recibido en América Latina con la idea de emancipación .

La idea de retribución se impone en esta corriente de pensamiento, que considera “las concepciones preventivas como lesivas de la dignidad humana por constreñimiento indebido a la voluntad humana”⁴⁹.

Para los clásicos el fundamento de la pena esta constituido por la culpabilidad, que a su vez se basa en la responsabilidad de las personas. La base de lo mencionado la encontramos en el libre albedrío.

LA ESCUELA POSITIVISTA.

El presente siglo comienza con el advenimiento de las corrientes positivistas con sus postulados sobre la defensa social. Esta escuela es la que fundamentalmente ha determinado la política criminal en Latinoamérica en este siglo. Su concepto de peligrosismo ha impregnado a la hermenéutica judicial de prejuicios clasistas y en parte racistas, mantiene un planteamiento que, podemos afirmar, ha dominado el concepto de la pena y se dice que ha minimizado a la política criminal a un sistema de simple encierro. Maneja esta escuela como estandarte, ideas sobre fines sociales de la pena, principalmente relacionadas con la resocialización.

⁴⁹ TOCORA, Fernando. Op. Cit. p. 28.

La adaptación de esta corriente positivista jurídico penal en nuestro continente se suma a una serie de circunstancias propicias y problemas socioeconómicos que enfrentan los países latinoamericanos como la explosión demográfica sin la ampliación del mercado de trabajo, lo que genera altos índices de pobreza, por lo tanto el autoritario control social se hace más necesario en la medida que crecen desmesuradamente los sectores marginados de la población, con lo que, los cinturones de miseria se tornan una constante en los países de Latinoamérica.

El positivismo ha sido severamente criticado pues “con su postura defensiva servirá a los intereses de los sectores dominantes de la sociedad, quienes encontrarán en esa teoría legitimación para sus definiciones maniqueas de delincuencia y sus prácticas segregacionistas degradantes de la condición humana”⁵⁰.

Podemos decir entonces, que la postura política criminal del positivismo es la de defensa social, pronunciamiento que al combinarse con el criterio de prevención especial exacerba la prisión como pena principal del sistema penal.

LA ESCUELA DOGMÁTICA.

Por medio de la doctrina italiana, alemana y española se presenta la incursión de la dogmática jurídico-penal a mediados del siglo. Se plantea como una doctrina neutral, alejada de los aspectos políticos del derecho, pero lleva implícitas gran parte de las ideas positivistas, sin embargo esa supuesta neutralidad ha permitido que el positivismo se mantenga en vigencia.

El tan criticado positivismo pareciera perder terreno, pero apreciamos que en legislaciones se incluyen principios culpabilistas como referencias peligrosistas, pues bajo el principio de personalidad del autor por ejemplo, introducido para los efectos de individualización de la pena, se conserva el de personalidad peligrosa.

⁵⁰ TOCORA, Fernando. Op. Cit. p. 29.

En cuanto a la relación entre política criminal y dogmática penal, ¿cual es la situación que prevalece en nuestro país?

En el ámbito mexicano, tan amplio como complejo en el campo penal, no podemos afirmar de antemano una estrecha relación entre dogmática penal y política criminal, en el plano legislativo. Pero igualmente no podemos manifestar de manera tajante que no existe ningún vínculo.

En principio, nos pareciera que dogmática penal y política criminal trabajan cada una por su lado, sin mayor enlace. Es claro en cambio, que no percibimos ningún interés de la dogmática por ser uno de los motivos determinantes en las decisiones políticas. Solo en ciertos casos observamos una actitud crítica del dogmático frente a las decisiones político-criminales.

En el campo de la política criminal desde principios de la década de los setenta se inicia en México un movimiento de reformas al sistema penal, siguiendo con ello el movimiento que desde la década de los cincuenta se desarrolla en Europa occidental y desde los sesenta en América Latina, que se caracteriza en el plano legislativo, por la idea de adecuar las legislaciones penales a las exigencias del Estado de derecho. Corriente que en México se acentúa en la década de los ochenta, "encontrando su principal expresión en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1983 y en las reformas que en esa década experimentaron dicho ordenamiento y los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal"³¹.

Estas transformaciones le han impreso a nuestra legislación penal una fisonomía distinta de la que originalmente tenía, abundando los casos en que se afecta directamente la esencia tradicional, al cambiarse algunos principios por otros, al adoptarse alternativas a la prisión, al delimitarse con mayor precisión ciertos presupuestos de la pena, etc. Sin duda alguna, en muchas de esas transformaciones a la legislación penal, fue decisiva la participación de la dogmática penal, si bien sus aportaciones, en algunos casos, no han sido siempre producto de un largo y profundo

³¹ SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL MEXICANA. Trabajo realizado por el Doctor MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, para su ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. copias. a.p. 90 páginas. México, 1992. p. 59

desarrollo, en otros, ni siquiera ha existido una elaboración teórica previa; y por supuesto, existen sectores de la dogmática que sólo reaccionan una vez originada la medida legislativa, sin descartar los que ni previa ni a posteriori manifiestan reacción alguna. Como apreciamos, desde nuestro punto de vista, falta una mayor intensidad en las producciones dogmáticas, para que pueda darse una mayor injerencia en las decisiones y medidas político-criminales implementadas por el Estado en la lucha por el contra el delito.

Detrás de una transformación de una legislación penal se encuentra siempre una decisión política, sea adecuada o no. Esa decisión política, a su vez, es una expresión de la política criminal que el Estado está siguiendo en un determinado momento frente a determinada situación. La política criminal, está impregnada de una determinada ideología, esto es, de una determinada concepción filosófica y política, tanto con relación al hombre como con relación al Estado y al derecho penal, que nos permite determinar los alcances del poder penal estatal y las características de esa política criminal.

Creemos que la política criminal debe estar asentada sobre las bases científicas que la propia dogmática penal le proporciona; base científica que puede ser adecuada o no. Si la decisión política se basa en un criterio dogmático poco firme, o incluso contradictorio, o que sirve para sustentar una decisión que manifieste un exceso en el ejercicio del ius puniendi, no podrá hablarse de una base adecuada, si la política criminal que se quiere y el derecho penal que se desea, deben ajustarse a ciertos lineamientos ideológicos que tengan aparejados reconocimiento y respeto de los derechos del hombre y, consecuentemente, autolimiten al ius puniendi.

La dogmática penal creemos tiene la función de proporcionar seguridad jurídica a los individuos, particularmente en la aplicación concreta de la ley, y por lo tanto la dogmática tiene que ajustarse a ciertos criterios, principios o lineamientos al hacer la propuesta para la formulación de la ley o la interpretación de ésta para su aplicación. La dogmática tiene que procurar hacer realidad los contenidos de tales principios fundamentales, como son los de legalidad, de bien jurídico, entre otros, que son categorías que deben ser plasmadas por el legislador.

La realidad social, económica, política y cultural, tanto en nuestro país como en otros países ha sido objeto de grandes transformaciones en los últimos tiempos. Ante tales cambios el orden jurídico, que en cierta forma debe normarlo y orientarlo creemos, se ha quedado a la zaga; lo mismo ha sucedido en el campo de la justicia penal, originándose una desfase entre el derecho-normatividad- y la realidad social que vivimos, el derecho penal no ha constituido siempre una respuesta adecuada a esas transformaciones y a las reales exigencias sociales.

Si bien en las últimas décadas se han dado en México múltiples cambios a la legislación penal muchos de ellos han obedecido sobre todo a las presiones de los cambios sociales; estas transformaciones, “sin embargo, han dejado rezagada también a la dogmática penal, particularmente cuando gran parte de ellos no fueron necesariamente inspirados por la dogmática penal nacional”⁵².

Si en los cambios legislativos no se observa uniformidad de criterios político criminales, como tampoco percibimos una ideología uniforme, creemos que es tarea de la dogmática penal señalarlo y destacar en que aspectos se dan los errores y que es lo que se debe hacer, debe entonces, buscar tener mayor injerencia en las decisiones político criminales.

En el futuro, la actitud de la dogmática penal en México, nos parece que, debe ser menos pasiva y menos acrítica. Si ciertas actitudes de la misma en los últimos años han logrado influir en forma decisiva, aunque reducidamente, en ciertos cambios importantes a la legislación penal, esa actitud debe hacerse presente, manifestarse y reforzarse, para lograr que las decisiones político criminales lleven a una transformación más a fondo al derecho penal en nuestro país; y en la consecución de esta tarea se debe ser siempre respetuoso de los derechos del hombre, para toda decisión política criminal, de modo que esta se ajuste a los postulados del Estado de derecho.

⁵² MORENO HERNÁNDEZ. Op. Cit. p. 67.

3) EL BIEN JURIDICO EN EL DERECHO PENAL.

El derecho penal sustantivo en forma genérica y el tipo penal específicamente tienen como función mediante la amenaza y la imposición de una pena preservar los bienes que la sociedad concibe como más importantes y relevantes para hacer posible la coexistencia.

Un sistema penal racional no considera como delitos todas las contravenciones a las normas existentes, ni por lo tanto sanciona con penas a quienes incurran en ellas. Solo las conductas o desviaciones más graves e intolerables por la lesión o daño que producen o el peligro que generan, deben ser tratadas como delito. En una sociedad orientada por postulados humanistas debe prevalecer el principio de mínima intervención penal; la pretensión punitiva estatal se hace estrictamente indispensable para proteger los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Después de la segunda guerra mundial aparecieron nuevos pensamientos y perspectivas en torno al concepto de bien jurídico, buscando criterios que permitieran excluir la tutela penal de comportamientos morales o que no tenían la mayor trascendencia social.

La doctrina penal ha planteado una moderna concepción respecto de los bienes jurídicos que la norma penal protege. En las siguientes líneas examinaremos algunas ideas pensamientos o teorías en torno a la concepción de bien jurídico:

El bien jurídico se ha teorizado desde diferentes direcciones. Entonces podemos distinguir entre una dirección trascendental y otra immanente. Dentro de la dirección trascendental, "se puede a su vez diferenciar entre el punto de vista jusnaturalistas y el político criminal"³³.

³³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control Social y Sistema Penal. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona España, 1987. p. 136.

El jusnaturalista con el que nace el concepto de bien jurídico, señalaba que el Estado protegía determinados objetos que surgían de la naturaleza de las cosas, como era la vida, la salud etc. El de política criminal sostenido por Von Liszt nos muestra que los bienes jurídicos surgen de la vida social y que por lo tanto es papel del derecho reconocer estos intereses que aparecen al individuo en su vida social. Como podemos apreciar para ambas teorías los bienes jurídicos surgen más allá del derecho y a este solo tiene por tarea reconocerlos.

La teoría de la inmanencia de los bienes jurídicos, que fue sustentado por Binding plantea que ellos son inmanentes a la norma y corresponde a cada norma determinar su bien jurídico por lo tanto en el fondo el bien jurídico se reduce a un problema de carácter interpretativo, es decir al propósito teleológico de lo que quiere decir el legislador al crear la norma penal.

Primordialmente existen dos posiciones en la formulación del concepto de bien jurídico, “la formal-normativa-lógica, o identificada también como positivismo lógico-formal normativo representada por Karl Binding; y el positivismo-naturalístico sociológico, representado por Franz von Liszt”⁵⁴.

La teoría del delito de Binding establece como punto inicial que el Estado impone órdenes con base en su poder, y el delito es “la contravención a las normas imperativas estatales”⁵⁵.

Las normas son el fundamento de obligaciones de comportamiento que pertenecen al Derecho Subjetivo del Estado, las cuales se transforman en derechos y en penas cuando se cumple el supuesto que se define en la ley. Para esta teoría las normas deben anteponerse a las leyes penales, por lo tanto el autor de una conducta delictiva no infringe la ley penal sino cumple lo que ella señala.

⁵⁴ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL. La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal. Poreznieto Editores. México, 1995. p. 17.

⁵⁵ Binding Citado por GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Op. Cit. p. 18.

El objeto del delito era el derecho subjetivo del Estado, y este era el que quedaba formalmente lesionado, y de esto derivaba el aspecto material de la lesión en el delito, consistente en la lesión del bien jurídico.

Nos dice el Dr. González-Salas, al citar a Binding que: este sostenía que el bien jurídico “debía ser creación exclusiva del legislador”⁵⁶.

Por lo tanto el aspecto material del bien jurídico en esta teoría lo encontramos en el fin de las normas pues la misión de las normas es hacer propicias las condiciones de paz.

Por ello el legislador se encarga de proteger aquellas condiciones que puedan verse afectadas por determinados ataques, y estas son las que requieren protección de la norma; a tales objetos de protección los llama Binding bienes jurídicos.

Por lo tanto el bien jurídico para Binding era: “todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común”⁵⁷.

También esta teoría nos dice que los bienes jurídicos se delimitan a los objetos del poder del derecho, mismos que podían ser personas cosas o situaciones. Estas últimas debiendo traducirse en condiciones eficaces para la vida en comunidad. Pero básicamente lo constituía todo aquello “en los ojos del legislador, que tuviera valor para mantener el orden jurídico y la conservación de la tranquilidad que debiera ser protegido por la norma”⁵⁸.

El concepto material de bien jurídico lo encontrábamos en las personas, cosas y situaciones, pero solamente serían reconocidos aquellos que a los ojos del legislador tenían valor para el orden jurídico.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Binding Citado por GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Op. Cit. p. 19.

⁵⁸ *Ibidem*.

Disentimos de lo expresado puesto que nos parece que el bien jurídico debe servir y proteger al individuo y a la sociedad y por lo tanto los bienes protegidos por los tipos penales responden a una necesidad y exigencia de la sociedad y no solo a lo que “aprecie el legislador”.

Cabe hacer notar que de acuerdo a lo establecido por Binding en relación a su concepto de bien jurídico se pudo diferenciar los delitos materiales de las infracciones formales de la norma. Junto a los delitos de lesión formulados por este autor “en la escala de las desobediencias de la lesión de un bien, y de los delitos de peligro, señalo Binding una tercera categoría que son los delitos formales”⁵⁹.

Este grupo de delitos lo constituyen las infracciones de policía que aunque no lesionan bien jurídico alguno se penalizan cuando contravienen las normas.

Ahora, entremos a la teoría del bien jurídico de Liszt, diremos primeramente que este autor concebía al delito de la siguiente manera: “el delito es un acto contrario al derecho, es decir, un acto que contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico”⁶⁰.

Para Liszt el contenido material –y es aquí donde se distingue de lo a firmado por Binding- del injusto antisocial es independiente de la apreciación del legislador; a este respecto señalaba Liszt: “un bien jurídico no es un bien del derecho (como Binding y otros suponen) sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho.... el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico”⁶¹.

Al derecho penal se le atribuye una aplicación en la sociedad, que consistía en la seguridad de las condiciones de vida en la comunidad. Estas condiciones vitales se

⁵⁹ Binding Citado por GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Op. Cit. p. 21.

⁶⁰ LISZT, Citado por GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Op. Cit. p. 23.

⁶¹ Ibidem.

protegen a través de mandatos como “no debes matar”, y la lesión o puesta en peligro de ellas son elevadas a bienes jurídicos.

Al protegerse los bienes jurídicos se da la prohibición penal, pero de igual forma sirve para la sanción penal. “Las penas preventivas son penas de protección”⁶².

La pena sirve para proteger bienes jurídicos y el derecho tiene por objeto defender los intereses de la vida humana y por lo tanto esta teoría identificaba a estos intereses como bienes jurídicos.

Por lo tanto la misión del bien jurídico según Liszt es, que, relaciona en el ámbito de la sociedad el precepto penal y la consecuencia jurídica, así como la prohibición la sanción y sus efectos.

Liszt afirma entonces: “nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales para el individuo o de la comunidad...la protección el derecho eleva el interés vital a bien jurídico”⁶³.

Estamos de acuerdo con esta posición manifestada por Liszt pues nos parece que los bienes jurídicos son bienes de los hombres y no del derecho sino que son creados y protegidos por este para servir al individuo y a la sociedad y, como lo hemos manifestado, hacer posible la vida en comunidad.

Los bienes jurídicos, como ya mencionamos, protegen al individuo o intereses de la comunidad puesto que la existencia humana aparece como existencia de los hombres o la existencia de la sociedad.

⁶² LISZT, Citado por GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Op. Cit. p. 24.

⁶³ *Ibidem*.

Welzel nos dice respecto del tema que nos ocupa: “bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente”⁶⁴.

Coincidimos con esta posición en el sentido de que, el bien jurídico constituye un interés vital para la sociedad y para el individuo por las razones ya expuestas. El derecho penal protege los bienes jurídicos “mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valor de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión”⁶⁵.

En torno a lo expresado percibimos, que se mencionan los llamados valores o deberes ético-sociales, entonces, ¿el derecho penal que protege, bienes jurídicos o valores ético-sociales?

Evidentemente el derecho penal nos parece, que tiene un contenido ético en cuanto al comportamiento humano y cumple una doble función, es decir tutelar bienes jurídicos y valores éticos, ya que el derecho penal provee “a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social”⁶⁶.

La aspiración ética del derecho penal, hace referencia a que “no se cometan acciones prohibidas para afectar bienes jurídicos”⁶⁷.

⁶⁴ WELZEL, Hans Op. Cit. p.15.

⁶⁵ WELZEL, Hans Op. Cit. p.16.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 50.

⁶⁷ *Ibidem*.

El derecho penal en un Estado social y democrático se constituye como un sistema de protección de la sociedad. “los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos”⁶⁸.

Cuando hablamos de que el bien jurídico limita al ius puniendi estatal, se hace referencia a que se pretende limitar el uso de la pena, es decir, se intenta limitar también el ejercicio del poder sancionador.

Si el Estado de derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad, dicha potestad solo se puede ver legitimada si sirve de eficaz y necesaria para la protección de la sociedad.

Ahora bien, hechas las precisiones anteriores que sin duda son importantes necesarias para el desarrollo del tema de este trabajo, y, al haber establecido que el bien jurídico protege a la sociedad y al individuo, y es vital para la convivencia humana; estamos en condiciones de preguntar si, ¿la delincuencia organizada lesiona algún bien jurídico? ¿amenaza a la sociedad? en la inteligencia de que si el bien jurídico existe es porque se da protección a algún valor vital de la sociedad y entendiéndolo también que a veces resulta difícil entender el bien jurídico que se protege por lo abstracto de este; además de que si existe un tipo penal que tutela un bien jurídico es porque esta protección resulta necesaria y no se torna en un abuso de la pretensión punitiva estatal.

Para contestar las cuestiones planteadas nos basamos en el artículo publicado por el Lic. Fernando García Cordero en la revista *criminalia* quien nos dice: “dejemos que respondan los documentos del Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: la delincuencia organizada es una amenaza directa para la seguridad y la estabilidad nacionales e internacionales y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas y legislativas que plantea a los Estados problemas fundamentales, trastorna y compromete a las instituciones sociales y económicas y causa pérdida de fe en los procesos democráticos, socava el desarrollo y desvirtúa los beneficios que éste ha alcanzado con grandes esfuerzos, víctima a poblaciones enteras sirviéndose para ello de la vulnerabilidad humana, y se

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. T. I. Promociones y Publicaciones Universitarias. 3ª ed. Barcelona, España, 1990. p. 100.

apropia de segmentos enteros de la sociedad, especialmente las mujeres y los niños , a los que tienden trampas e incluso esclaviza en el marco de sus diversas empresas ilícitas y estrechamente relacionadas, particularmente con la prostitución”.⁶⁹

En efecto, estamos de acuerdo con lo que ha quedado establecido pues la delincuencia organizada es un fenómeno de carácter internacional “omnipresente y heterogénea”.⁷⁰

Que ante todo representa una amenaza a la estabilidad y seguridad nacionales, a las instituciones públicas, al control del estado, al individuo a las sociedades, a las economías nacionales, a las instituciones financieras, y a la sociedad en general en su actuar cotidiano

A) EL TIPO PENAL.

Como es de nuestro conocimiento, dentro de la llamada teoría del derecho penal, encontramos la teoría del delito, que nos sirve como herramienta o instrumento para conocer y comprender a los elementos que integran al delito como tal.

En torno a la teoría del delito encontramos los siguientes pronunciamientos:

Enrique Bacigalupo nos dice: “La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley”⁷¹.

⁶⁹ GARCÍA CORDERO, Fernando. Delincuencia Organizada. Revista Criminalia. Año LXIV. N°2. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 61.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. 20ª ed. Bogotá, Colombia, 1991. p. 67

Francisco Muñoz Conde establece: “La teoría del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado como delito”.⁷²

Eugenio Raúl Zaffaroni al respecto comenta: “Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuales son las características que debe tener cualquier delito”.⁷³

De acuerdo a las precisiones anotadas, percibimos de inmediato que la teoría del delito se encarga de explicar que es lo que se debe entender por el tema que nos ocupa es decir el delito.

El delito, ha tenido a lo largo de la historia diversas y muy variadas concepciones y por lo tanto la forma de definirlo ha ido tomando distintos matices, pero siempre, esas variantes se dan infaliblemente en torno al estudio y análisis de sus componentes, por ello, para algunos, se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, y para otros, se trata de una acción típicamente antijurídica y culpable, o inclusive una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, y así se puede continuar. En estas definiciones no incluimos las que consideran al delito como una infracción de un deber ético-social, o bien como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Todas y cada una de estas definiciones han ido variando dependiendo de la corriente o escuela que se encargue de su estudio.

En las concepciones de delito mencionadas y en general de las que podemos conocer, observamos la presencia de un elemento cuya incursión es de suprema importancia; hacemos referencia al tipo.

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Edit. Tirant Lo Blanch Libros. Valencia, España, 1991. p. 17.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Edit. Cárdenas Editores. México, 1988. p. 79.

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine typo*.

Hans Welzel nos dice que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena las conductas intolerables para la vida en comunidad y podría hacerlo con una disposición suprema, muy general, así el que se comporte de un modo gravemente contrario a la comunidad será castigado en la medida de su culpabilidad, con una pena permitida. Podría formularse también de un modo más moderno: “El que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado...”.⁷⁴

Nos dice el mismo autor, que una disposición punitiva, tan general, comprendería toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter general, no permite reconocer que conducta en particular debe estar prohibida. Ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir qué es lo que debe castigar.

Por ello el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que delimitar objetivamente la conducta prohibida: matar, robar, etc., tiene que especificar la “materia” de sus prohibiciones, (un concepto procedente del derecho natural escolástico, nos indica Welzel), contiene la descripción objetiva, material –el modelo de la conducta-, del actuar prohibido.

Para el derecho penal tiene una especial importancia el que se concrete el contenido de la prohibición; pues sólo gracias a esa especificación concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege*.

De ahí que el derecho penal tiene que cuidar en mayor medida que los restantes sectores del ordenamiento jurídico, la descripción objetiva, lo más exacta posible de su modelo de conducta negativa.

⁷⁴ WELZEL, Hans. Op. Cit. pp. 74-75.

Nuestro autor señala que, precisamente, el principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar “determinada por la ley” antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva, aunque no siempre se consigue esta plenitud de concreción.

El tipo (tanto si está descrito legalmente de un modo totalizador, como si ha de ser completado por el legislador) es el contenido de las normas prohibitivas del derecho penal. Y nos dice el maestro alemán, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana.

Bacigalupo nos refiere acerca del tipo: “Es un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido,...en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma,...es el conjunto de elementos que caracterizan un comportamiento como contrario a la norma...”⁷⁵

Para Muñoz Conde: el tipo es “Descripción de una conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal”.⁷⁶

Pero no siempre se concibió al tipo bajo estas connotaciones más bien modernistas, es por ello que consideramos indispensable el atender a la evolución histórica de esta figura jurídica.

Al respecto nos dice el Lic. Miguel Ángel Mancera Espinosa: “Etimológicamente, la palabra tipo proviene de la raíz latina, *tipus*, y del griego *typus*, que significa modelo; se concibe como una forma característica”.⁷⁷

⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 80.

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 208.

⁷⁷ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. El Tipo Penal en Revista Criminalia. año LXIII.. N°1. Edit. Porrúa. México 1997. p. 61

En el siglo XVIII en lo referente a la practica jurídico penal se extendió de tal modo en los tribunales, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible.

Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba. A falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a juicio a toda acción desagradable, prescindiendo de la antijuridicidad e imponiendo arbitrariamente una pena grave o leve.

En relación con este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica, en tal virtud fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos. "Para cada uno de estos tipos se previó una pena concreta y determinada (función legalidad); quedando como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos".⁷⁸

En el derecho alemán, el tipo fue conceptualizado como tatbestand, (que se traduce como supuesto de hecho. Proviene del latín medieval facti especies, y significa figura del hecho, razón por la que en Italia lo han denominado como factispecie), acepción que encontramos en el siglo XVII, en la Ordenanza Criminal Prusiana, así como el artículo 59 del Código del Reich, a la cual en algunos casos la identifican como el hecho del delito, en otros casos como hecho en especie, el caso legal, la encuadrabilidad, y el tipo como tal.

En la evolución de esta figura, tomaremos como punto de partida a Beling, ubicándonos en 1906 . puesto que antes de este autor, al tipo se le conceptualizaba en una forma equiparada con el delito específico incluidos todos sus elementos.

Con la referencia temporal propuesta, estamos en posibilidades de enumerar las siguientes etapas, mismas que han sido manejadas previamente por el maestro Luis Jiménez de Asúa, y que prácticamente repiten todos los autores que hablan de la evolución del tipo:

⁷⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. U.N.A.M. México, 1998. p. 91

- a) En una primera etapa denominada de la independencia; “el tipo cumple con una función meramente descriptiva la cual se separa de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio, se trata de una mera descripción. Cuando se pretende establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, estamos en presencia de una función valorativa, que se concreta en la característica del delito denominada antijuridicidad; por último, el juicio que permite la atribución, a un ser imputable, del acto cometido y de reprochárselo (a título de dolo o culpa) se realiza mediante la culpabilidad”.⁷⁹

Esta posición de Beling fue acogida por los tratadistas con grandes reservas, y fue severamente atacada por Binding, empero nos parece que debemos reconocer el esfuerzo realizado por el maestro de la Universidad de Munich.

- b) La segunda etapa o fase del carácter indiciario, se presenta con Mayer en 1915, para este autor la tipicidad no es una mera descripción, sino que le agrega un valor indiciario respecto de la antijuridicidad, es decir que supone la comprobación del tipo como un indicio de la concreción del elemento antijuridicidad, sin confundir ambos elementos. Apunta el Doctor Márquez Piñero “Al establecer el papel de la tipicidad, Max Ernesto Mayer la considera como primer presupuesto de la pena y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad”.⁸⁰

En el mundo fáctico se dan acciones (*lato sensu*) que son típicas y no necesariamente antijurídicas, y de igual forma conductas antijurídicas que no son necesariamente típicas.

Como apreciamos esta teoría tiene el carácter de indicio de antijuridicidad, lo que se cumple en virtud de los elementos normativos por ejemplo el incluir “en el tipo

⁷⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El Tipo Penal*. U.N.A.M. México, 1992., p. 167.

⁸⁰ MÁRQUEZ PIÑERO. *Op. Cit.* p. 169.

de robo de la cualidad ajena de la cosa. La tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico”.⁸¹

- c) Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad, cuyo máximo exponente es Mezger que en 1931, publica su Tratado de Derecho Penal y concibe al delito como acción típicamente antijurídica y culpable, indica el fundamento de su postura.

Siendo para este autor el delito —en primer lugar— una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se realiza en un apartado propio, sino se incluye en la antijuridicidad, por lo tanto la tipicidad no representa un indicio sino es la base de la antijuridicidad, luego entonces el tipo es una antijuridicidad anticipada tipificada y de esta manera toda realización del tipo es antijurídica, por lo tanto una conducta resulta ser típica si previamente se ha comprobado que es antijurídica.

“No toda acción antijurídica es punible, para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial”.⁸²

Estamos de acuerdo con el Doctor Carlos Daza cuando apunta: “...consideramos que tipo y antijuridicidad son dos niveles o categorías distintas. La tipicidad puede ser indicio de antijuridicidad, pero no ratio essendi”.⁸³

De acuerdo con Maurach, el tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción: voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esta voluntad, en concordancia con lo mencionado, el tipo no se limita a describir un suceso objetivo perceptible por los sentidos, sino que también abarca a la voluntad

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría General del Delito. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor . 2ª ed. México, 1998. p. 73.

dirigida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cual da lugar a establecer la idea en torno a los elementos subjetivos del tipo penal.

Lo cual resulta aceptable puesto que en efecto, “la función del tipo se dirige, entre otras, a limitar el poder punitivo Estatal (función de garantía) y, por otro lado, sirve de base para la existencia del delito (función fundamentadora)”.⁸⁴

El Doctor Plascencia Villanueva menciona por otra parte; para Muñoz Conde: “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”.⁸⁵

Observamos que este autor hace referencia a una descripción derivada del legislador, la materia de la descripción se establece a nivel de una conducta prohibida con lo que se refiere a uno de los presupuestos de punibilidad que debe examinarse de acuerdo a la acción y comprende un supuesto de hecho de una norma penal.

Para Zaffaroni, “el tipo es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes”.⁸⁶

Nos dice que el tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son más importantes para individualizar una conducta y entre ellos de especial significado, es el verbo, puesto que es la palabra que gramaticalmente sirve para connotar una acción.

Para el maestro Porte Petit, el tipo es un presupuesto general del delito. tomando como base el aforismo *nullum crimen sine typo*, y lo define diciendo, “...es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos”.⁸⁷

⁸⁴ MAURACH, Citado por PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 93.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Citado por PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 93.

⁸⁶ ZAFFARONI, OP. Cit. p. 395.

⁸⁷ PORTE PETIT CANDAUUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa,

De esta manera para el autor mencionado el tipo es anterior a la conducta, pues cuando esta se realiza el tipo ya existe, al igual que existen las causas de justificación, es decir en el momento en que se lleva a cabo la conducta que describe el tipo, esta es lícita o ilícita.

La mayoría de los autores coinciden que el tipo se ve integrado por diferentes elementos que son los siguientes:

ELEMENTOS NORMATIVOS.

“Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar. La valoración referida puede provenir de diversas esferas y por tanto tener como base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico”.⁸⁷

Juan del Rosal citado por el Dr. Raúl Plascencia Villanueva respecto de estos elementos nos dice: “Son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir: elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional”.⁸⁹

Los elementos normativos a su vez pueden ser clasificados de acuerdo con el maestro Porte Petit en:

a') Elementos con valoración jurídica.

b') Elementos con valoración cultural.

¹⁷ed. México, 1998. p.335.

⁸⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 103.

⁸⁹ Del Rosal, Juan. Citado por PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 104.

a') Existen estos elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice por ejemplo 'cosa ajena' (art.367); 'funcionario' (art. 189); 'servidor público' (arts. 212, 214, 215, etc.); 'documento público' (art. 243); documento privado (art. 243); 'bien mueble' sic. (art.367); 'derecho real' (art. 395).

b') "Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando el Código expresa 'acto sexual' (art. 260), 'ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres'. (Cap. I del Tit. octavo), etc.".⁹⁰

ELEMENTOS SUBJETIVOS.

La parte subjetiva del tipo se constituye siempre por la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos. Por lo que "los elementos subjetivos pertenecen al mundo psíquico del agente por lo tanto se identifican al nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos".⁹¹

El tipo en infinidad de ocasiones presenta una descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estados anímicos del autor en orden al injusto, "son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto".⁹²

Continúa diciendo el Dr. Plascencia Villanueva: "También pueden sumarse al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrarse con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente descendiente o cónyuge".⁹³

⁹⁰ PORTE PETIT CANDAUDAUDAP. Op. Cit. p. 345.

⁹¹ PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 105.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

Podemos decir entonces que los elementos subjetivos constituyen situaciones especiales o cualidades como las denomina nuestro último autor citado, que son exigidas por parte del tipo penal al sujeto activo.

ELEMENTOS OBJETIVOS.

El aspecto externo de la conducta comprende la parte objetiva del tipo penal. En los delitos de resultado además de que este se produzca se requiere que este se impute objetivamente a la conducta. En este tipo de delitos el resultado debe ser producto directamente de la conducta.

Estos elementos, podemos decir que proceden del mundo externo perceptible por lo sentidos, es decir son tangibles materiales, y también podemos decir que son objetivos porque representan cosas del mundo circundante. "...los elementos objetivos, serán las exigencias de índole material, externo o material previstas por la norma".⁹⁴

ELEMENTOS DESCRIPTIVOS.

Los elementos descriptivos están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al psíquico, se acostumbra a distinguir entre:

- a) Elementos objetivos descriptivos, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo: inhumación.
- b) Elementos subjetivos descriptivos, "pertenecientes al mundo Psíquico del agente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su libertad sexual".⁹⁵

⁹⁴ Op. Cit. p. 106

⁹⁵ Op. Cit. p. 107.

Bustos Ramírez nos dice: “los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como es el caso de la utilización de expresiones motor-bosque-mujer”.⁹⁶

Al hacer referencia a los tipos penales, es plausible elaborar una clasificación atendiendo a su estructura formal; y siguiendo al Dr. Plascencia Villanueva los agrupamos en:

a) Básicos: “Son los que describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. En nuestra legislación podemos observar el homicidio simple (art.302) y el robo (art. 367)”.⁹⁷

b) Especiales: Surgen a la vida a partir del tipo fundamental o básico, y se allegan de otras circunstancias las cuales retienen como característica, y dejan de depender del tipo básico, adquiriendo una verdadera independencia, el ejemplo clásico de este delito, es el homicidio en razón del parentesco o relación, dicho tipo como sabemos surge a partir del fundamental de homicidio, para después constituirse en un tipo que adquiere autonomía. Cabe mencionar que estos tipos pueden agravar o disminuir la pena en relación al básico del que surgen.

c) Subordinados o complementados: Esta clase de tipo se diferencia de los especiales en que no obstante que también provienen de un tipo básico, y de que se ven rodeados de otras circunstancias, estos, no dejan jamás de tener una independencia con el tipo fundamental o básico. Estos tipos señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por lo que no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende del tipo básico o especial y su aplicación es dable al momento de la imposición de la pena agravando o disminuyendo dicha sanción.

⁹⁶ Citado por DAZA GÓMEZ. Op. Cit. p.79

⁹⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. p. 99.

d) Compuestos. Describen varias conductas, cada una de las cuales podría dar lugar a un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; los podemos identificar porque presentan varios verbos rectores.

e) Autónomos. “Describen un comportamiento al cual puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del agente, sin que se deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado.; para ejemplificar podemos mencionar, el secuestro y el aborto”.⁹⁸

f) En blanco. Son aquellos en los cuales la conducta no se encuentra integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para su actualización o precisión; en tanto que tal concreción no se lleva a cabo, será imposible realizar la adecuación típica.

g) De daño o de puesta en peligro. los primeros requieren la producción de un resultado, que el bien jurídico sea destruido o lesionado, “y los de puesta en peligro sólo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico” es suficiente que el objeto de tutela jurídica haya sido puesto en peligro de la lesión que se quiera evitar.

h) Abiertos. Existen casos en la ley penal en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, la descripción se comprende solamente a partir del complemento que realice otro texto legal. al respecto nos dice Jescheck: “reciben el nombre de tipos abiertos los preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal”.⁹⁹

El mismo autor se pronuncia en contra de los tipos abiertos y prefiere una concepción cerrada del tipo que no deje espacio a maniobras derivadas de otros tipos penales.

⁹⁸ Op. Cit. p. 100.

⁹⁹ JESCHECK. citado por PLASCENCIA VILLANUEVA. *Ibidem*.

un ejemplo de tipo abierto es el previsto en el artículo 171 CPF que dispone:
artículo 171. Se impondrá prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos
y suspensión o pérdida de derecho a usar licencia de manejador...

II. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le corresponda si causa daños a las personas o a las cosas.

Como podemos apreciar para concretar el tipo penal es necesario rellenar su contenido con lo previsto en los reglamentos de tránsito, lo que supone al tipo con un contenido abierto que requiere ser complementado. En este caso el tipo en comento nos remite a una ley de carácter administrativo.

i) Cerrados. Son los que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos por ejemplo el tipo previsto en el art. 302 del CPF. “el que priva de la vida a otro”, con lo que observamos que el tipo se satisface plenamente con lo dispuesto en el numeral enunciado.

B) JUSTIFICACION DE LA PENA.

El derecho penal y sus consecuencias jurídicas existen desde que se formaron las comunidades humanas en una coexistencia estructurada. Ya sea que miremos hacia las etapas primitivas de convivencia humana en tiempos pasados o hacia las organizaciones de las tribus primitivas restantes en la actualidad; siempre encontramos reacciones de la comunidad en represalia a las acciones que alteran la convivencia de la misma o, bien causan daño o alteran la vida del individuo.

En tiempos pasados el derecho penal aparecía íntimamente ligado a la religión, la moral y las costumbres. Por ello se prohibían y se castigaban con la pena criminal

conductas que se consideraban pecaminosas, heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes. “La justificación del derecho a castigar no era un problema que preocupara a los detentadores cuando recurrían a la pena para imponer sus mandatos y prohibiciones”.¹⁰⁰

En nuestros días una conducta se prohíbe cuando resulta incompatible con los lineamientos de una coexistencia pacífica.

El derecho penal se ve limitado al prohibir las conductas socialmente dañosas o al proteger bienes jurídicos; sin embargo, al castigar esas acciones, se debe tener la certeza de que no existe ningún otro medio tan grave para hacerles frente, por lo tanto “El derecho penal se usará como última ratio; última medida del orden legal”.¹⁰¹

Así las cosas, el incumplimiento de los contratos es socialmente dañoso pues impide el sano crecimiento del comercio, sin embargo la punición de los incumplimientos contractuales resultaría inadecuada, ya que este tipo de conflictos se puede solucionar mediante una demanda ante los tribunales civiles.

Acerca del concepto de pena, Silvio Ranieri menciona: “Pena criminal es la consecuencia jurídica pública, consistente en la privación o disminución de uno o más bienes jurídicos, que la ley expresamente prescribe para los hechos constitutivos de delitos y para el fin de la prevención general; que los órganos de la jurisdicción infligen mediante el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y se ejecuta con modalidades que tienden, para los fines de la prevención especial, a la reeducación del condenado”.¹⁰²

Podemos notar en la definición mencionada, la alusión hecha a la pena como una consecuencia jurídica pública es decir impuesta por el Estado que priva o disminuye bienes jurídicos y hace referencia a la prevención general pero al mismo tiempo a la

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. et. al. Introducción al Derecho penal y al Derecho Penal Procesal. Edit. Ariel. Barcelona España, 1989. p. 21.

¹⁰¹ BAUMAN Jürgen La Pena Como Función Social; en, Ensayos de Derecho Penal y Criminología en Honor de Javier Piña y Palacios. Edit. Porrúa. México, 1985. p. 89.

¹⁰² RANIERI, Silvio. Manual de Derecho penal. T.II. Parte General. Temis. 17ª ed. Bogotá, Colombia, 1990. p. 319.

prevención especial aspectos que analizaremos en forma posterior acorde con el fin de la pena empero que nos pareció importante el resaltarlas en este punto.

Antón Oneca nos dice: “La pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos”.¹⁰³

El autor afirma que la pena es un mal, pues consiste en una privación de bienes jurídicos además observamos que menciona sobre la publicidad de la pena pues el Estado es el único que puede aplicarla y nos dice sobre el carácter retributivo de la pena empero, también se refiere a que con la pena se evitan nuevos delitos es decir la prevención.

Desde los inicios teóricos del derecho penal a fines del siglo XVII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue el referente a la pena. Dicha problemática se liga al carácter público del derecho penal y que ha dado origen a lo que se ha denominado el derecho penal subjetivo. Por ello encontramos ligada la teoría de la pena a la concepción del Estado, porque evidentemente la pena no se concibe de la misma manera en un Estado absoluto que en un Estado de derecho; se ha llegado a señalar que el Estado mínimo se legitima al igual que la pena cuando se circunscribe a las funciones mínimas de protección que afecten dañen o pongan en peligro las condiciones para hacer perenne la vida en sociedad. La concepción del Estado y su política criminal,—en cuanto a su función coercitiva (pena)— se transforman cuando ya no se sustenta un Estado de derecho liberal, sino uno social y por lo tanto “...siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse ‘teológicamente’”.¹⁰⁴

A partir del significado funcional de la pena en el Estado, que no es otro que preventivo.

¹⁰³ ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. T II. Edit. Akal. 2ª ed. Madrid, España. 1986. p. 509.

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch, Casa Edit. 2ª ed. Barcelona, España 1979. pp. 27 y 28.

Por lo tanto al hacer referencia a la función del derecho penal se realiza una clara e ineludible alusión a la función de la pena. Esto da explicación a la gran controversia existente desde fines del siglo XVIII hasta ahora sobre esta materia y desde luego surgen tres grandes concepciones enfrentadas y son las siguientes: la teoría de la retribución, la de la prevención general y la teoría de la prevención especial.

RETRIBUCION.

De acuerdo a esta tendencia, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece. "El mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido".¹⁰⁵

Dicho pronunciamiento se basa en razones de carácter religioso ético y jurídico.

a) Desde el punto de vista religioso, el cristianismo ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. En el VI Congreso Internacional de Derecho Penal el mensaje de Pío XII contenía el siguiente pasaje: "Peor el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer". "Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena".¹⁰⁶

b) En cuanto a la fundamentación ética de la retribución surge el pensamiento de un gran filósofo europeo, Kant, para quien la pena: "es retribución a la culpabilidad del sujeto, ése es su único fundamento, si al bien se le debe premiar el mal merece su castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de la ley".¹⁰⁷

¹⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Promociones y Publicaciones Universitarias, 3ª edición. Barcelona, España. 1990. p. 51.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Edit. Abeledo-Perrot. 29ª ed. Buenos Aires, Argentina, 1980. p.243.

La pena debe existir, independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente porque ha cometido un delito.

c) De acuerdo a la retribución jurídica sostenida por Hegel, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la 'voluntad general' representada por el orden jurídico, que resulta negada por la 'voluntad especial' del delincuente. Si la 'voluntad general' es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. de esta manera observamos el método dialéctico de Hegel que se aplica como sigue: la voluntad general traducida en orden jurídico es la tesis, la negación de la misma por el delito es la antítesis, y la negación de esta negación será la síntesis, que tiene lugar mediante el castigo del delito. En este orden de ideas la pena se concibe solo como reacción (negación de la negación) con miras al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) pero no como instrumento que tiene un fin utilitario posterior.

De lo escrito en un primer momento, podríamos anunciar que a la pena de acuerdo a estas teorías retribucionistas no se le atribuye utilidad social alguna, empero con esto no se afirma que los mencionados pronunciamientos retribucionistas no asignan función alguna a la pena pues tienen en común dichas teorías, el que le atribuyen a la pena de una u otra forma la tarea de realización de la justicia.

Esta función se funda en una exigencia incondicionada de justicia, puesto que ésta no depende de conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que su imposición es de carácter absoluto. De ahí que las teorías retribucionistas puras reciban el nombre de teorías absolutas en contraposición a las denominadas teorías relativas que enseguida examinaremos.

No podemos dejar de mencionar la gran influencia de las dos principales escuelas penales que se pronunciaron en torno a la pena; estas formas de pensamiento marcan una pauta de gran influencia en la historia y evolución de este tema del derecho penal y por tanto es digno de mencionarse, los postulados de estas dos vertientes.

La Escuela Clásica es una consecuencia de la obra de Beccaria, pues con ello se estimula el sistema penal científico que armoniza con los postulados que reivindican los derechos del hombre y que restablecen su dignidad de ser humano con el fin de contrarrestar los excesos y abusos de la justicia primitiva que imperaba desde la antigüedad y que subsistía en la Edad Media.

Francisco Carrara principal exponente de esta corriente señalaba como principales postulados de la misma los siguientes: la razón y los límites del derecho de castigar por parte del Estado; la reivindicación de las garantías para el individuo sujeto a proceso penal; y, la oposición a la barbarie de las penas con que se castigaba al delincuente. Concretando en que “la pena se basa en el libre albedrío y el fin es la retribución del mal por el mal, la expiación y el castigo para quien comete este delito”.¹⁰⁸

La Escuela Positiva surge como la negación de la Escuela Clásica pretende cambiar el criterio represivo del Estado en contra del responsable de un delito y, como se basa en la peligrosidad del sujeto, entonces la pena será medida adecuada de defensa, aplicable según las condiciones individuales; tiene más importancia la prevención que la represión; “La sanción es proporcional a la peligrosidad del delincuente. Es más importante la clasificación de los delincuentes que la clasificación de los delitos. Por esto son más importantes las medidas de seguridad”.¹⁰⁹

Estas dos Escuelas marcaron influencia para crear un criterio científico en cuanto a los fines de la pena: la primera le atribuye un carácter retributivo y castigador; y la segunda la considerada no como castigo sino la considera “como un tratamiento que dura mientras dure la peligrosidad del delincuente”.¹¹⁰

Para que este se reincorpore a la sociedad.

¹⁰⁸ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Edit. Porrúa. México 1995. p. 35.

¹⁰⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis Criminología. Edit. Porrúa. 8ª ed. México, 1993. p. 243.

¹¹⁰ *Ibidem*.

PREVENCION.

Mientras que las teorías absolutas o de la retribución, parten en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar justicia; sin tomar en cuenta otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria considerando a la pena necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales; la pena no se justifica como castigo del mal, como mera respuesta retributiva frente al delito cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros, mientras que la retribución mira al pasado la prevención mira al futuro.

Las teorías referidas a la prevención reciben el nombre de relativas, debido a que, a diferencia de la justicia que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales. Dentro de las teorías de la prevención surgen dos vertientes: la prevención general y la prevención especial.

La prevención general ha sido sustentada entre otros por Bentham y Feuerbach. Pero el máximo exponente de ésta corriente es Feuerbach. Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, mediante una intimidación o coacción psicológica producida por la pena, dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. En esta corriente la ejecución de la pena sólo tiene sentido, para confirmar la seriedad de la amenaza legal.

En la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa sino también mediante la afirmación positiva del derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el derecho.

La prevención especial a diferencia de la prevención general se dirige a un solo individuo, es decir al sujeto que ya ha delinquido, según esta teoría la pena busca, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Por lo tanto “la prevención especial no se lleva a

cabo en el momento de la amenaza legal como la general, sino cuando se lleva a cabo la ejecución de la pena. Dado que esta clase de prevención se dirige a determinados individuos, los que ya han delinquido y no a todos los ciudadanos, a veces se le denomina prevención individual”.¹¹¹

Para Von Liszt: “La pena correcta, vale decir la pena justa, es la pena necesaria. justicia en derecho penal quiere decir observancia de la medida de la pena requerida por la idea del fin”.¹¹²

Este autor consideró que la pena solo podía justificarse por su finalidad preventiva de ahí su concepción de pena final. Von Liszt establece que la pena puede ser de doble naturaleza:

a) Coacción psicológica indirecta, mediata o motivación al delincuente los móviles que le faltan, apropiados de la comisión delitos. Aparece como adaptación artificial del criminal a la sociedad, ya sea:

- 1) por corrección, sea la implantación y fortificación de motivos sociales altruistas, o
- 2) por intimidación, o sea la implantación y fortificación de motivos egoísta, pero que en su efecto coincidan con los móviles altruistas.

b) Coacción o aplicación de fuerza directa, inmediata, mecánica. La pena es secuestro del delincuente; inocuización transitoria o permanente, expulsión de la sociedad o internamiento en la misma. “La pena aparece como selección artificial del individuo socialmente inútil”.¹¹³

¹¹¹ Mir Puig. Op. Cit.p.59.

¹¹² VON LISZT, Franz. La Idea del Fin en el Derecho Penal. Edit. Temis. Bogotá, Colombia, 1990. p.56.

¹¹³ VON LISZT. Op. Cit. p. 60.

De acuerdo a los tres fines de la pena establecidos por Von Liszt, estos corresponden a igual categoría de delincuentes con efectos diversos y entonces es dable la:

- 1 "Corrección de los delincuentes capaces y necesitados de corrección.
- 2 Intimidación de los criminales no necesitados de corrección.
- 3 Inocuidad de los criminales incapaces de corrección".¹¹⁴

Respecto de la clasificación que antecede citada por Mir Puig este comenta:

"frente al delincuente de ocasión necesitado de corrección. la pena constituye un recordatorio que le inhiba de ulteriores delitos; frente al delincuente no ocasional pero corregible –también llamado de estado porque en él el carácter delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia- deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; frente al delincuente habitual incorregible; la pena he de conseguir su inocuidad a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo".¹¹⁵

Podemos mencionar entonces que para Von Liszt la función de la pena es la prevención especial, por medio de la intimidación del delincuente y no de la colectividad, la corrección y la inocuidad, mediante estos efectos inmediatos a la pena se logra la protección de los bienes jurídicos.

PRINCIPIOS DE LA PENA.

Principio de Necesidad. Este principio refiere que el estado debe estar plenamente seguro de que la pena debe ser necesaria para los fines que se propone pues si no lo es no debe aplicarse, éste es un principio de los más importantes, que los jueces

¹¹⁴ VON LISZT. Op. Cit. p. 63.

¹¹⁵ Mir Puig. Op. Cit.p. 60.

y magistrados no entienden así y por consecuencia los problemas que generan con su alto criterio punitivo, es fatal para la sociedad.

Principio de Justicia: la pena debe ser justa en cuanto a su proporción en dos aspectos: Primero, en relación a la fijación hecha por el legislador, puesto que éste debe ser justo al establecer la proporción entre el delito y la pena, y el segundo en lo referente a la persona del que juzga, porque al imponerla deberá hacerlo con el más recto criterio de que la pena impuesta al delincuente es la más justa y es la que se merece.

Principio de Prontitud: La pena debe ser pronta y esto significa, que cuando se debe imponer una pena se haga lo más pronto posible, pues la incertidumbre del proceso se convierte en un tormento psíquico durante el tiempo que dure dicho etapa.

Principio de utilidad: La utilidad de la pena se obtiene, cuando con su aplicación, tanto el estado como la sociedad, logran un beneficio, es decir, que esa utilidad en bien de la comunidad, sea muy superior al castigo que recibe o recibió en lo individual el delincuente. "En este sentido la utilidad de la pena se asocia en mucho a sus fines, los cuales son: 1) la intimidación 2) la retribución".¹¹⁶

Estos principios, observamos que son poco atendidos por los jueces encargados de la administración de justicia en nuestro país pues existen muchos juzgadores que conservan una tendencia a la condena que conlleva una alta punición sin detenerse a reflexionar sobre si las características del asunto en particular así lo amerita y no toman en cuenta todos los efectos que implica la pena de prisión. Además respecto del principio de prontitud afirmamos que este prácticamente no se atiende en los tribunales pese a que lo establece nuestra Carta Magna, siendo que, la prisión preventiva y la incertidumbre que esta provoca causa un daño irreparable para quien es juzgado con la lentitud característica de nuestros órganos jurisdiccionales ocasionando también la sobrepoblación en los reclusorios.

¹¹⁶ RAMÍREZ DELGADO. Op. Cit. pp. 38 y 39.

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Al surgir los Estados como forma política para establecer un orden social, crean para sí la facultad de castigar en nombre de la comunidad, impidiendo así, la venganza o justicia privada, y nace el *Ius Puniendi*.

El Estado emprendió su principal acción para hacer frente a quien alteraba el orden social a través de las penas, la idea punitiva era otra, ya que solo existían las penas como medios para castigar al delincuente, y con el paso del tiempo surgen las denominadas medidas de seguridad, incorporándose también a los códigos penales.

La incorporación de las medidas de seguridad a los sistemas de reacciones penales fue consecuencia de la lucha de escuelas y de las soluciones de compromiso que surgieron de la confrontación entre los defensores de las teorías absolutas y los partidarios de la prevención especial.

La naturaleza de las medidas de seguridad debe ser preventiva y no represiva y están destinadas a solucionar exigencias político-criminales, es decir están dirigidas a anular situaciones, para las cuales, la pena no es eficaz como consecuencia de sus propias limitaciones, derivadas de: “presupuestos sistematizados por una dogmática elaborada en el marco teórico legislativo proporcionado por las teorías absolutas”.¹¹⁷

La necesidad de prevenir los delitos, y no solo de reprimirlos, no es particular de tiempos recientes. Beccaria mismo advirtió que es mejor prevenir los delitos que reprimirlos, y por este mismo camino siguieron Romagnosi y Carnignani, al igual que las legislaciones de varios Estados, por ejemplo Inglaterra, Francia, Bélgica, Alemania, Suiza, Austria e Italia, en cuyo Código Penal de 1889 ya se encuentran establecidas medidas de seguridad para los locos, los menores, los ebrios y los reincidentes.

En la época actual, se ha llevado a cabo una mayor profundización de la naturaleza y las funciones de las medidas de seguridad, y por este camino se ha llegado

¹¹⁷ RANIERI, Silvio. Op. Cit. p. 375.

a vincularlas más a la calidad de la persona del agente, antes que al hecho cometido, “las medidas de seguridad sólo deben aplicarse como consecuencia de comisión de un hecho delictivo que revele la peligrosidad de su autor ...”.¹¹⁸

En relación con lo mencionado las medidas de seguridad fueron reglamentadas al lado de las penas, siguiendo el principio de prevención especial.

Para Von Liszt, las medidas de seguridad son: “todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminación de los inadaptables a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto)”.¹¹⁹

Cuello Calón dice: “las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes”.¹²⁰

Silvio Ranieri acerca del tema en comentario refiere: “Las medidas de seguridad son providencias administrativas, con garantía jurisdiccional, consistentes en la privación o disminución de uno o varios bienes jurídicos, que la ley conmina como medios de defensa social contra las personas peligrosas, que el juez aplica a estas, aunque no sean imputables, cuando hayan cometido un hecho considerado delito, o, por vía de excepción, cuando hayan observado una conducta definida de otro modo en la ley penal; y que se ejecutan con modalidades conformes a su fin, que es el de tender a la readaptación del individuo peligroso para la vida social”.¹²¹

La incorporación de las medidas de seguridad a los códigos punitivos dio origen al sistema dualista o de la doble vía (pena y medida de seguridad), y el control de las mismas por parte de la autoridad judicial en su aplicación además de la pena, permite evitar la violación de los derechos elementales de quienes se vean sujetos a éstas. “La

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte General. T. II, Tirant Lo Blanch Libros. Valencia España, 1993. p.510

¹¹⁹ Von Liszt. Citado por, RAMOS ARTEAGA, Elena. las Penas y Medidas de Seguridad. El Sistema de la Doble Vía. Revista Criminalia año LXIII. No 3. Edit. Porrúa, México, 1997. p.67

¹²⁰ Cuello Calón. Citado por RAMÍREZ DELGADO. Op. Cit. p. 147.

¹²¹ RANIERI, Silvio. Op. Cit. p. 374.

aplicación por parte de la autoridad judicial las distingue de las medidas de carácter administrativo, ya que aquellas presuponen la comisión de un hecho delictuoso, de una cierta peligrosidad criminal, además de ser medidas coactivas, por ser restrictivas de ciertos derechos y aplicables a quien ha violado los bienes jurídicos tutelados por la norma penal".¹²²

El fundamento de la aplicación de la medida de seguridad es el grado de peligrosidad manifestado por el individuo en su conducta antisocial.

De lo mencionado surge a grandes rasgos la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, las cuales, por los caracteres que presentan y por el fin a que tienden, se manifiestan en el sistema de los medios de defensa del derecho como medios de prevención mediata contra personas peligrosas.

Lo anterior nos permite establecer que mientras las penas tienen un sentido expiatorio, las medidas de seguridad tienen un sentido meramente preventivo (sin sufrimiento). Así los tratadistas han creado tres corrientes o teorías respecto a la relación que guardan las medidas de seguridad con las penas: Teoría de la unificación o Sistema Monista, Teoría Dualista o de la doble vía, Sistema Vicarial o sustitutivo:

a) La Teoría de la Unificación, sostenida por la escuela positiva, entre sus expositores se encuentra Ferri; considera que: entre las penas y medidas de seguridad no existe ninguna diferencia cualitativa y por ello se engloban bajo el nombre de sanciones, tales diferencias no existen, porque unas y otras constituyen una sanción que prácticamente se traduce en privación o restricción de la libertad, y persiguen una finalidad común, para esta escuela las penas y medidas de seguridad quedan esencialmente unificados, toda distinción filosófica o jurídica es considerada como inexistente, para esta escuela los locos y cuerdos, adultos y menores quedan sujetos al imperio de la ley penal.

Esta tesis monista, trata de dar una respuesta unitaria a la cuestión de las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad, pues propugna por la aplicación de una de ellas únicamente (monismo), pero en ningún caso las dos, esta teoría

¹²² RAMÍREZ DELGADO. Op. Cit. p. 147.

considera que no hay diferencias marcadas entre unas y otras, si no más bien similitudes, ya que ambas presuponen un delito, además poseen un carácter jurisdiccional, tiene la particularidad de afflictivas, porque en ambas se priva de la libertad al responsable, y tiene igual finalidad, que es la defensa social. por ello, este sistema monista propone que se eliminen los conceptos de penas y medidas de seguridad y se utilice el de sanción.

b) La Teoría Dualista o de la doble vía, sostenida por Liszt y Rocco, considera a las penas y medidas de seguridad como opuestas: entre ellas existe la misma relación que entre dos círculos secantes, y en la zona común la medida de seguridad puede asumir las funciones de la pena y viceversa, o sean eventualmente concurrentes.

Para Jiménez de Azúa, esa parte de los dos círculos, es precisamente la medida que tomamos contra los delincuentes habituales y que participa de la pena y del medio asegurativo.

Carlos Stoos insertó la medida de seguridad en los Códigos penales, la pena concebida como un castigo, proporcional a la culpabilidad del autor del ilícito y la medida de seguridad basada en la peligrosidad, por su parte, Von Liszt consideró que sólo podía hacerse entre ambas un distingo falso y peligroso.

Para Hans Welzel la pena y medida de seguridad pueden concurrir en un mismo caso, cuando el sujeto capaz es culpable y peligroso. Asimismo, considera Welzel que la pena y la medida de seguridad son distintas en su naturaleza, pues la pena es la retribución justa por el hecho cometido, en tanto que la medida de seguridad protege a la sociedad ante la peligrosidad de su autor.

El dualismo significa la existencia de dos vías, con las cuales el juzgador debe impartir la justicia; una fundada en la culpabilidad del individuo (pena), y otras en la peligrosidad (medida de seguridad). Este sistema dualista, se funda en que ambos medios para combatir el delito, deben aplicarse de forma acumulativa con preferencia ejecutiva de la pena, pues la imperiosa necesidad de satisfacer la exigencia de la justicia que la sociedad reclama, así lo requiere.

c) Sistema Vicarial o sustitutivo, es frecuente que cuando existe un conflicto entre dos formas de pensamiento, siempre surge una tercera, en forma ecléctica o mixta y que parece ser la solución en este caso de el sistema vicarial, el cual sustituye a otro o realiza las mismas funciones, por lo que: “la aplicación de la medida de seguridad en primer lugar y el tiempo de ejecución de la misma se toma en consideración para la duración de la pena, de ser necesario la aplicación de ésta, y para el caso que la autoridad considere que una vez cumplida la medida de seguridad, ya no es necesaria la aplicación de la pena podrá determinar que se suspenda la ejecución de la misma, habiéndose sustituido así la pena por la medida de seguridad”.¹²³

El concepto de peligrosidad social con una fundamentación ideológica expresada de una manera categórica sobre determinadas cualidades o defectos individuales, se hizo partiendo de un punto de vista de quienes viven una posición social contraria a las grandes masas de marginados, de esta manera advertimos que el concepto de peligrosidad lo encontramos contemplado de una forma implícita en el artículo 52, fracciones V y VII del Código penal, al señalar los motivos que impulsaron o determinaron al sujeto a delinquir y las condiciones del agente al momento de la comisión del delito respectivamente.

“El concepto de peligrosidad social cumple una doble función ideológica justificativa a través de su apariencia de conceptos científicos, justifica racional y emocionalmente los nuevos mecanismos de control social; y a través de la posibilidad de explicitación legal en categorías de sujetos peligrosos, justifica, como la ley, al orden socio-político imperante”.¹²⁴

DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Las penas y medidas de seguridad son diferentes entre sí porque la pena es fija y determinada en el tiempo, la medida de seguridad es en nuestro derecho, indeterminada en el mínimo y determinada en el máximo de duración de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69 del Código Penal Federal.

¹²³ RAMOS ARTEAGA. Op. Cit. pp. 70 y 71.

¹²⁴ RAMÍREZ DELGADO. Op. Cit. p. 151.

- La pena es conminada a los reos imputables y la medida de seguridad a los inimputables;
- La pena detentiva obra sobre la esfera del delincuente, en cuanto lo constriñe a habitar en prisión, dejándolo libre en su esfera psíquica; en cambio, la medida de seguridad interviene incluso en la esfera psíquica, en cuanto que coloca al individuo en un manicomio o casa de curación en la que el personal médico empleara los medios más diversos para eliminar aquellos factores que impiden tener una relación normal con los otros y obran sobre su sistema neurovegetativo o sobre sus impedimentos físicos o fisiológicos.
- Mientras que la pena se aplica sólo a los sujetos que han cometido el hecho previsto por la ley como delito, las medidas de seguridad se adoptan sin la efectiva comisión de un delito;
- Las penas se aplican por la autoridad jurisdiccional, en cambio las medidas de seguridad se aplican directamente por un órgano administrativo;
- La pena se aplica como retribución y la medida de seguridad como prevención de hechos que la autoridad política o de seguridad pública reputa como peligrosos;
- La pena tiene como fundamento la culpabilidad del sujeto y la medida de seguridad, la peligrosidad de éste.

El Código Penal Federal vigente, en su artículo 24 establece las penas y medidas de seguridad sin distinguir unas de otras, es decir no las clasifica y dispone:

Artículo 24: las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.

3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. Derogado.
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Es interesante la clasificación que hacen los penalistas Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, pues consideran que son propiamente penas: “las de los apartados 1,6,12,13 y 14. Son medidas de seguridad las correspondientes a los apartados 3 y 17 y tienen un carácter mixto de penas y medidas de seguridad las de los apartados 4,5,8,9,10,11,15 y 16”.¹²³

Consideramos como pena las previstas en los numerales 1 y 6, y propiamente como medidas de seguridad las señaladas en los apartados 3 y 17, que son aplicables a inimputables, en tanto que las restantes consignadas en los 2,4,5,8,9,10, 11,12,13,14,15,16, y 18. nos parece contienen, un carácter mixto.

Estando de acuerdo con lo que menciona el maestro González de la Vega diremos entonces que: “penas son medios fundamentales de lucha contra el delito. Medios de represión. Defensa contra el peligro de nuevos delitos, sea del parte del

¹²³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa 18ª edición. México, 1995. P. 159.

delincuente, de parte de la víctima, sea de la colectividad. No atiende solo al delincuente sino a todo el mundo es decir aquí tenemos presente la prevención general. De esta manera la prevención especial se considera como medio de eliminación o de corrección".¹²⁶

En tanto que las medidas de seguridad, son de carácter accesorio y sustitutivo de las penas o alternadas con ellas. Constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos de parte del delincuente. Prevención especial por medio de la eliminación o de la corrección. son únicamente medidas preventivas en la lucha contra el delito. De hecho, medidas administrativas aplicadas judicialmente, con las características de indeterminación, discreción y revocabilidad.

4) NECESIDAD DE UN REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD COMO PERSECUTOR DE LOS DELITOS.

Quisimos abordar en un apartado especial el tema relativo al Ministerio Público, que denominamos en este punto como representante social ya que nos parece, este es su labor principal, es decir, representar a la sociedad en la investigación y persecución de los delitos, además en un trabajo como el que se desarrolla es determinante abordar esta institución como uno de los protagonistas del Sistema Penal Mexicano.

Consideramos que para el estudio de cualquier figura o institución se debe tomar en cuenta su origen y su evolución a través del tiempo, con el fin de estar en posibilidad de determinar si cumple adecuadamente con las funciones que le fueron encomendadas, atendiendo, con ello, las necesidades y problemáticas que demanda la situación que se vive.

En la primera etapa de la evolución social, la función represiva se ejerció a través de la venganza privada. Son los tiempos por todos conocidos de la ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente. El delito viola a la persona privada, y la justicia se hace por propia mano de la víctima del delito.

¹²⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. 12ª ed. México, 1996. p.64.

Mas tarde el poder social, organizado, imparte la justicia, ya a nombre de la divinidad en el que podríamos calificar como el periodo de la venganza divina, posteriormente a nombre del interés público, salvaguardando el orden y la tranquilidad sociales en un periodo de venganza pública; se establecen tribunales y normas aplicables pero frecuentemente arbitrarias. El ofendido por el delito, o sus allegados, acusan ante el tribunal, quien decide e impone las penas.

Surge la acción popular (con apogeo en el Derecho Romano), según la cual *quivis de populo* acusa de los delitos de que tiene conocimiento. además de la existencia de los *delicta privata* a los que correspondía un proceso penal privado en el que el juez tenía el carácter de mero arbitro; tenemos también los *delicta publica* con un proceso penal público, que comprendía la *cognitio*, la *accusatio* y un procedimiento extraordinario.

“Pasando sobre las remotas apariciones del enjuiciamiento, el proscenio fue, entre los griegos y los romanos, en determinada época, la plaza o el extenso foro en el que los ciudadanos acusaban y hacía el imputado, su defensa teatralmente también, ante el pueblo, o en el que aquélla se confiaba a los primeros abogados, los grandes oradores de su tiempo”.¹²⁷

Manduca establece a este respecto : “... cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatadores que, causando la ruina de integros ciudadanos, adquirirían honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministerio Público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho...”¹²⁸

El estado comprende que el perseguir los delitos es una función social de gran importancia que debe ser ejercida por él, y no por el particular o la víctima. De esta manera tenemos presente la persecución de los delitos por parte del Estado y este

¹²⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. Edit. Porrúa. México, 1982. p.98.

¹²⁸ MANDUCA citado por, CASTRO Y CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Edit. Porrúa. 10ª ed. México 1998. p 4

cambio de determinante trascendencia en el procedimiento penal se da con el surgimiento del procedimiento inquisitivo.

Empero el procedimiento inquisitivo cae en el enorme error pues el juez es el persecutor oficial, y de esta forma se convierte en juez y parte y como lo establece el Dr. Juventino Castro al citar a Radbruch "El que tiene un acusador por juez, necesita a Dios por abogado".¹²⁹

Pero este sistema estaba destinado al descrédito y a su desaparición, y el Estado crea una institución, un órgano público, encargado entonces de entablar la acusación ante el poder jurisdiccional.

El Ministerio público, como existe actualmente, es creación de la monarquía francesa del siglo XIV. El procurador y el abogado del rey se crearon para la defensa de los intereses del príncipe. El procurador era el encargado de los actos del procedimiento y el abogado del litigio, en donde estuvieran en pugna los derechos del monarca o las personas que estaban bajo su protección. Estos funcionarios protegían inicialmente los intereses y derechos particulares del rey; sin embargo en ocasiones actuaban ante los jueces penales en determinados delitos, como el de "traición al rey" (pues se establecían penas como la multa y las confiscaciones de bienes), por lo tanto su naturaleza fue cambiando hasta convertirse y organizarse como representantes ya no del monarca sino del Estado, con objeto de asegurar el castigo del delito en nombre del interés social.

"Durante la revolución francesa opera un cambio, se encomiendan las funciones reservadas al procurador a comisarios del rey, así como acusadores públicos encargados de ejercitar la acción penal y de sostener la acusación en el juicio".¹³⁰

El establecimiento del Ministerio Público francés, marco la distinción entre el sistema inquisitivo, que había prevalecido hasta el siglo pasado en los sistemas procesales del mundo, y el sistema acusatorio. Por lo que es importante referimos a la principal y más notoria diferencia entre estos dos sistemas.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. U.N.A.M.. 2ª ed. México, 1993. p. 16.

El sistema inquisitivo esta revestido de numerosas características pero para efectos del trabajo que se desarrolla y como ya mencionamos, nos referiremos a la más importante. En este sistema, acusador y juzgador constituyen un solo cuerpo, ya sea individual o colectivo. “El inquisidor formula las acusaciones, y después con las respuestas, y el resto de las pruebas que se aporten, resuelva si la persona objeto de la pesquisa es culpable o no. Ante la evidencia de un sistema tan parcial, que constituye una figura injusta de acusador-juez –todo al mismo tiempo-, se fue imponiendo el sistema acusatorio”.¹³¹

En el sistema acusatorio existen dos órganos: el de acusación o persecución de los hechos ilícitos, y el órgano jurisdiccional que resuelve el planteamiento a la vista de lo aducido por el acusador público, y la defensa hecha por el acusado y su defensor.

Resulta difícil encontrar una definición exacta del concepto de Ministerio Público, pues los tratadistas al abordar el tema únicamente se refieren, como una institución que representa los intereses del Estado y titular del ejercicio de la acción penal.

Tenemos entonces que: “Ministerio” deriva del latín *ministerium* que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: “Gobierno del Estado, considerado en el conjunto de varios departamentos en que se divide / Cargo, empleo, oficio u ocupación, y Público del latín *publicus* notorio, manifiesto, visto o sabido por todos / Potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado / perteneciente a todo el pueblo”.¹³²

Ministerio Público: – nos dice el maestro Díaz de León – es el “Órgano del Estado encargado de investigar los delitos y ejercitar la acción penal ante el juez o tribunal de lo criminal”.¹³³

¹³¹ CASTRO Y CASTRO, Juventino. La Procuración de la Justicia Federal. Edit. Porrúa. México 1993. p. 23.

¹³² Diccionario De La Lengua Española. Edit. Espasa-Calpe. 19ª ed. Madrid, España, 1970. pp. 879 y 1078.

¹³³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal T. II. Edit. Porrúa. 3ª ed. México, 1997. p. 1400.

El Diccionario Jurídico Mexicano: “Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de los intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales”.¹³⁴

Haciendo un examen histórico de nuestra legislación en cuanto al tema en comento, encontramos que en la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814 se estableció la organización de tribunales, y se tenía la existencia de dos fiscales letrados, uno para el ramo civil y otro para lo criminal, nombrados por el Congreso a propuesta del supremo gobierno.

Conforme a la Constitución de 1824, primera Constitución del México independiente, se crea la división de poderes. La Suprema Corte se establece con once ministros y un fiscal, equiparando su dignidad a la de los ministros.

En la Constitución de 1857 se establece a la Suprema Corte con once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general; es la primera vez que se instituye la figura del procurador general, distinguiéndola de la del fiscal. La figura del Ministerio Público, aunque ya se conocía, no se menciona en el texto aprobado.

En el Código de Procedimientos Penales de 15 de septiembre de 1880, en su artículo 28, se menciona ya al Ministerio Público, definiéndolo como “una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes” .

En el Código de Procedimientos penales de 15 de septiembre de 1894, como en el anterior, se menciona al ministerio Público, que actúa como un auxiliar del juez, y en

¹³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., T. I-O, Edit. Porrúa. 4ª ed. México 1991. p. 2128.

el juicio actúa con el carácter de parte acusadora, pero sin dotarlo del monopolio del ejercicio de la acción penal.

“El 12 de septiembre de 1903 se expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito y Territorios Federales, en la que se establece el Ministerio Público como un representante de la sociedad; asimismo, se faculta al Poder Ejecutivo Federal para nombrar a los funcionarios del Ministerio Público, al cual se le confieren como facultades las de intervenir en asuntos que afecten el interés público, de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal”.¹³⁵

La institución del Ministerio Público, tal como la encontramos en la actualidad, se debe a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política, en donde se reconoce el monopolio de la acción penal por el Estado ya que, le deposita en un solo órgano, es decir, el Ministerio Público.

Para estar en posibilidades de establecer con claridad cual fue el motivo de esta trascendental reforma para el Derecho Penal Mexicano, es necesario exponer las razones aducidas por don Venustiano Carranza en la exposición de motivos presentada ante el Congreso Constituyente el 1° de diciembre de 1916 con relación al artículo 21 citado, Decía el Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista:

“...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común han adoptado la institución del ministerio público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por

¹³⁵ CASTILLO SOBERANES. Op. Cit. pp. 16 – 18.

los jueces que ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”.

El fundamento constitucional lo tenemos en el ya citado artículo 21 de la Constitución que establece: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...” .En tanto que el 102 A) de la Ley Suprema dispone que los funcionarios del Ministerio Público Federal serán nombrados y removidos por el Ejecutivo; estarán presididos por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal, con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente; establece los requisitos que deben satisfacerse para ser Procurador; y, le encomienda la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal.

Estando de acuerdo con nuestro maestro el Lic. Julio A. Hernández Pliego quien apunta las siguientes características como atribuibles a la figura en estudio establecemos como tales las siguientes:

- a) “Unidad o jerarquía, en tanto todos los funcionarios que lo integran, forman un solo órgano y reconocen una sola dirección, evitando la anarquía y

al mismo tiempo propiciando el debido cumplimiento de los fines de la institución.

- b) Indivisibilidad, en la medida en que ante cualquier tribunal, sus Agentes representan a una misma institución”.¹³⁶

Sobre este punto don Juventino Castro establece: “Se dice que el Ministerio Público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la Institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección...cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones representa a la persona moral del Ministerio Público como si todos sus miembros obraran colectivamente.”¹³⁷

- c) Irrecusabilidad porque dentro de un proceso no puede recusarse al Ministerio Público como Institución, aunque nada se opone a que sean recusados sus agentes, en cuanto personas individuales, en el caso de estar impedidos para intervenir en un caso concreto.

El concepto que tiene el Ministerio Público, es en sentido de ser una institución que pertenece al Poder Ejecutivo, sea federal o estatal, y que representa los intereses de la sociedad y de los mencionados poderes, cuyo fin primordial es la persecución de los delincuentes y la investigación de la comisión de los hechos ilícitos, siendo único titular del ejercicio de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes cuya actividad facultades y obligaciones deben sujetarse a los extremos contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución.

La naturaleza del Ministerio Público comprende los siguientes aspectos:

- a) Como representante de la sociedad en ejercicio de las acciones penales;

¹³⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa. 2ª ed. México 1997. p. 65.

¹³⁷ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Edit. Porrúa. 10ª ed. México 1998. pp. 44,45.

- b) Como órgano administrativo en su carácter de parte en los juicios;
- c) Como un colaborador en la administración de la justicia.

El Ministerio Público como ya quedo anotado, depende del Poder Ejecutivo, siempre representando a la sociedad y al Estado, coadyuvando en la administración de la justicia pero nunca en calidad de asesor del órgano jurisdiccional, sino defendiendo los intereses del mismo Estado y la sociedad.

La figura en estudio, no tiene intereses propios. Se halla al servicio de otros, como lo está el poder público, en general y en cada uno de sus órganos. Este servicio al ser humano y a la sociedad es la razón de ser del Estado.

Sin embargo es importante citar otras funciones del Ministerio Público ajenas a la persecución de los delitos enlistadas de la siguiente forma por el Dr. García Ramírez : “El Procurador General de la República participa en el llamado Consejo de Ministros, para la hipótesis de suspensión de garantías, en caso de invasión perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (art. 29 C.); el Ministerio Público Federal es representante jurídico de la Federación en todos los casos en que esta sea parte; interviene en los casos de diplomáticos y cónsules generales (art. 102 C.); es custodio de la legalidad, en cuanto debe promover lo necesario para la buena marcha de la administración de la justicia, (art. 102 C.); el Procurador General de la República, intervendrá personalmente en todas las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de la Constitución (art. 102 C.)”.¹³⁸

Como podemos percibir entre los órganos que estructuran el Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), destaca la figura del Ministerio Público, institución que en México se encuentra integrada a la Procuraduría General de la República (en el caso del Federal, de interés particular en el presente trabajo), que constituye un sector importante del sistema de justicia penal y, por ende, le corresponde de igual forma ser parte del *ius puniendi*. Y de la misma manera que el total del *ius puniendi* está sujeto a una serie de límites y controles que delinear su regulación Constitucional y Legal.

¹³⁸ GARCÍA RAMÍREZ. citado por HERNÁNDEZ PLIEGO. Op. Cit. p. 67.

La tarea de realizar el derecho penal material está en manos del Estado, pues él es quien en esta materia tiene el “monopolio del poder”. Por esta razón se prohíbe al particular la aplicación de las leyes penales, de igual forma en que se le prohíbe hacerse justicia por sí mismo según lo establece el art. 17 de nuestra Carta Magna.

Conforme a los artículos 21 y 102 de nuestra Constitución General de la República, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, a quien, corresponde, por tanto, la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal y solicitar las ordenes de aprehensión contra los probables responsables etc.

La persecución de los delitos, expresión establecida en el artículo 21 C., correspondiente de manera única al Ministerio Público se puede dividir en dos vertientes: averiguación previa y ejercicio exclusivo de la acción penal. Lo primero hace del M.P. una autoridad indagadora, ante la que comparece el individuo. “Comunica al indagador con el inculpado”.¹³⁹

Lo segundo implica la condición de parte en el proceso penal, que acusa.

En la etapa denominada averiguación previa el M.P. debe ser entendido como una autoridad, y prepara el ejercicio de la acción penal, con todas sus implicaciones en orden a la acusación que, en su oportunidad se sostendrá. Esta etapa es calificada por Don Juventino V. Castro como facultad de policía judicial del Ministerio Público definiéndola como: “el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal; en cuanto a este mismo tema y citando a Javier Piña y Palacios: es el acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal”.¹⁴⁰

Es común afirmar que el Ministerio Público constituye autoridad, y como tal actúa para todos los efectos consiguientes, cuando lleva a cabo la averiguación previa

¹³⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Reflexiones Sobre el Ministerio Público. Presente y Futuro; en, Estudios Jurídicos en Memoria de Alfonso Noriega Cantú. Edit. Porrúa. México, 1991. p.210.

¹⁴⁰ CASTRO Y CASTRO, Juventino. Op. Cit. p. 50.

del delito. Aquí es típico órgano del Estado, encuadrado en el Poder Ejecutivo, que ejerce una atribución autoritaria establecida en el artículo 21 de la Ley Suprema, la persecución del delito, dentro de la fase investigadora y realiza determinadas actividades por sí y ante sí, hasta estar en condiciones de determinar si ejercita la acción penal.

Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal para hacer valer la pretensión punitiva emergida del delito, y el actuar de esta institución se encuentra íntimamente ligada a la acción penal.

Una característica de la función del Ministerio Público mexicano es, el monopolio del ejercicio de la acción penal, sin duda el tema más discutido del procedimiento penal. Al respecto apunta De la Cruz Agüero: “Se considera a la Acción Penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del Procedimiento Penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si está fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito”.¹⁴¹

Eugenio Florian, define la acción penal como: el “poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia)”.¹⁴²

Nos parece útil precisar la distinción existente entre acción penal y pretensión punitiva, y es aquí donde hacemos nuestras las palabras del ilustre jurista Don Juventino Castro cuando menciona que dicha pretensión es el derecho del Estado a castigar al que ha violado una norma penal. Pues si de todo delito naciera la acción penal, no nos explicaríamos; cuando se resuelve en un juicio que no había delito que perseguir, que fue lo que ejercitó en realidad el Ministerio Público durante el proceso, ya que la acción

¹⁴¹ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 2ª ed. México 1996. p. 87.

¹⁴² FLORIAN citado por, CASTRO Y CASTRO, Juventino. Op. Cit. p. 35

penal – por no haber delito-, no llega a nacer. De esta manera tenemos que la acción penal es una actividad procesal, que no lleva más fin que el llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el Estado en un caso concreto que se plantea.

Por lo tanto debemos comprender que la pretensión punitiva pertenece al Estado; en cambio la acción penal tiene como titular al M.P., pero como poder deber, es decir como una obligación o facultad.

La acción penal no vive sino en tanto exista una jurisdicción ante la que se ejerza, de tal manera que esta supeditada a una jurisdicción. Podemos afirmar que no hay acción mientras no haya un juez que no conozca de ella. Por el contrario, “lo que se denomina como facultad de policía judicial es ejercida por el M.P. ante sí mismo, bastando para que tenga vida su simple ejercicio, en esta etapa este órgano actúa como autoridad”.¹⁴³

La doble naturaleza del M.P. a la que hicimos referencia en lo relativo a procedimientos. Cuando averigua los delitos que se le denuncian es autoridad; y cuando consigna la averiguación a un juez solicitando la apertura de un juicio contra el presunto responsable y dicho juez coincide con la apreciación ministerial y se somete proceso contra el indiciado, el M.P. se convierte en parte.

Sin embargo el dato de autoridad según el Dr. García Ramírez nunca abandona al M.P., pues no podrá ser reducido a la condición de parte, en el proceso, en pie de igualdad con el inculpado como si se tratara de dos litigantes idénticos que enfrentan sus respectivas pretensiones. De ahí que se deba reconocer que el M.P. sea una parte “privilegiada”.¹⁴⁴

Pero el M.P. debe actuar respetando las funciones mencionadas es decir como autoridad en la averiguación y como parte en el proceso y debe conferir a sus actividades la congruencia con la naturaleza de la etapa. No puede llevar a cabo acciones actuando como autoridad en el proceso pues su actuación carecería de valor.

¹⁴³ CASTRO Y CASTRO Op. Cit. pp. 36, 37 y 51.

¹⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Ministerio Público en la Averiguación de los Delitos, en Justicia y Sociedad. Edit. U.N.A.M. I.I.J. México 1994. p. 422.

Quisimos hacer un breve examen sobre esta figura tan controvertida en el derecho penal mexicano, que ha sido objeto de la más amplia polémica, abordando algunos aspectos relacionados con su función. El modesto estudio que se ha elaborado sobre esta institución no agota lo que se puede comentar en torno a su existencia, tan solo intenta describir y explorar algunos aspectos de este órgano, relacionados con el tema principal del trabajo que se realiza. Sin embargo nos parece; esta institución no esta agotada, su crecimiento o evolución no ha concluido.

CAPITULO TERCERO. DELINCUENCIA ORGANIZADA

Y DERECHO COMPARADO.

1) COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL MUNDO.

La delincuencia es un fenómeno que es dable en todas las sociedades, sin embargo en algunos países las organizaciones delictivas, han aumentado en número, peligrosidad y poder con el fin de llevar a cabo sus actividades ilícitas. El actuar desmesurado de este tipo de delincuencia es amplio, los delitos más frecuentes que realizan se encuentra el terrorismo, delitos contra la salud, robo con uso de violencia, extorsión, lavado de dinero, secuestro, entre otros. Dicha situación ha motivado a que varios países suscriban tratados bilaterales o multilaterales para hacer frente a este tipo de organizaciones.

Consideramos que uno de los métodos más eficaces para llevar a cabo una investigación como la que se realiza, es el método comparativo puesto que nos permite obtener un amplio panorama al profundizar en problemas que no se circunscriben a un solo país, sino que trascienden fronteras. Por lo que a continuación estudiaremos las instituciones, los instrumentos jurídicos y las medidas que se han implementado en otros países para hacer frente a la delincuencia organizada, por lo que, para abordar este punto tomaremos como referencia bibliográfica principal, la obra del Dr. Eduardo Andrade Sánchez.

A) COLOMBIA

El principal problema que enfrenta Colombia es el narcotráfico, el cual se manifiesta en todas las áreas posibles, como son la producción, el procesamiento, el tráfico y el consumo. Las grandes ganancias producidas por esta actividad se dan en la distribución en los países consumidores y no a los campesinos productores.

La producción de droga se inicio en la década de los sesenta con la siembra de marihuana; en 1993 se dio un aumento en la producción por el incremento de la demanda y por la implementación de innovaciones tecnológicas.

A mediados de los años setenta los narcotraficantes extendieron su acción y se aplicaron al proceso de transformación de la pasta de coca con el propósito de obtener cocaína. Con esta droga surgen una gran cantidad de problemas se recrudece la violencia aumenta demasiado el precio de la tierra y además la producción de este elemento tiene repercusiones en el medio ambiente.

El poder del narcotráfico penetra diversos ámbitos de la sociedad colombiana como el medio político, infiltró también el sistema financiero; la sociedad colombiana al percatarse del crecimiento peligroso de esta actividad reacciono, se han tomado medidas para combatir los embates de este comercio ilícito y a la criminalidad aparejada a este delito.

En 1991 se analizó a fondo la problemática y se realizaron estudios, se buscaron estrategias para combatir con eficacia el narcotráfico; en 1992 el Gobierno de Colombia creo distintos organismos para hacer frente a este problema, como son:

a) Consejo Nacional De Estupefacientes, integrado por los titulares de distintos Ministerios colombianos, que tiene como principales tareas, formular políticas, planes y programas, para la lucha contra la producción, el tráfico y consumo de estupefacientes; la destrucción de cultivos ilícitos, previendo no dañar los ecosistemas; dirigir campañas destinadas a prevenir el cultivo, producción y

consumo de drogas; reglamentar lo relativo a campañas en medios de comunicación para prevenir los distintos ámbitos del problema de las drogas y reglamentar lo referente a medios que dan publicidad a bebidas alcohólicas, tabaco y cigarros.

b) Dirección General de Estupefacientes, esta es el órgano ejecutivo del Consejo Nacional De Estupefacientes y tiene a su cargo la aplicación de políticas gubernamentales en materia de control de estupefacientes y de prevención y represión de conductas relacionadas con estos. También tiene como función el llevar el inventario de los bienes decomisados por estar vinculados a delitos contra la salud, supervisa y controla las empresas de aviación y controla la sustancias químicas que sirven de base para la elaboración de drogas.

En Colombia se crearon instrumentos jurídicos para luchar contra el crimen organizado que son los siguientes:

1 Política de Sometimiento a la Justicia, que tiene por objeto “lograr la colaboración de los propios miembros de las organizaciones delictivas para conseguir el desmembramiento de éstas y la captura de los principales jefes, a cambio de beneficios, como el de no ser involucrado en las investigaciones o la reducción considerable de las penas, que les serían aplicables, así como la sustitución de las mismas por otras que no impliquen sentencias de prisión”.¹⁴⁵

2 Reserva de Identidad de Jueces y Fiscales, esta medida se introdujo en la ley procesal colombiana ante los múltiples ataques del que eran objeto estos funcionarios, manteniendo la reserva de su identidad, esto si ha resultado para enfrentar la peligrosidad de las organizaciones criminales y lograr que el daño que estas producen disminuyan en cantidad considerable al impedir que los jueces o magistrados y sus familias sufran ataques violentos y por lo tanto estos realizan con mayor eficacia su labor.

¹⁴⁵ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. U.N.A.M. Senado de la República, LVI Legislatura. México, 1997. p. 43.

3 Reserva de Identidad del testigo en el Proceso Colombiano. Se ha permitido que en los juicios en los que se trate narcotráfico los testigos solo estamparan su huella omitiendo establecer en su declaración su nombre, de esta manera se evitan los ataques en su contra, aunque esta medida colisiona con el derecho de defensa, puesto que es fundamental que el inculpado conozca a quien depone en su contra.

4 Decomiso de Bienes, esta disposición prevé, que deben asegurarse o congelarse de inmediato los bienes, instrumentos o productos de los delitos y la sentencia judicial priva de estos bienes a los delincuentes, en cuanto a los bienes decomisados debe comprobarse que efectivamente están vinculados de manera directa con actividades ilícitas.

5 La penalización del Concierto para Delinquir, la legislación penal colombiana tipifica lo que se denomina “concierto para delinquir”, delito independiente de los que se realicen es decir que este tipo se aplica de manera especial sin perjuicio de la sanción que corresponda por los delitos efectivamente cometidos; este delito se dirige principalmente a los líderes de organizaciones criminales, por lo que de acuerdo a esta disposición se pueden imponer hasta 60 años de prisión solo por la actuación en la organización criminal, aquí advertimos una similitud con el artículo 2º de la ley federal Contra la Delincuencia Organizada que castiga el simple acuerdo para delinquir, al respecto analizaremos la ley en el Capítulo siguiente y haremos los comentarios que nos parezcan conducentes.

6 Cateo Administrativo, esta es una medida que establece el que en los casos de flagrancia, cuando se este cometiendo un delito en lugar cerrado, la policía podrá ingresar sin orden escrita del fiscal, con la finalidad de impedir que el ilícito se siga ejecutando y para reunir elementos que sirvan para la integración de los delitos.

7 Interceptación de Comunicaciones de Diverso Tipo, el Código colombiano permite a la autoridad, interceptar y retener toda información que llegue al inculpado por cualquier medio de comunicación a excepción de las comunicaciones de este con sus defensores y viceversa, la autoridad debe guardar la debida reserva de la información obtenida.

* El término utilizado es el aceptado por la Real Academia Española, no obstante que en México empleamos el vocablo interceptación, preferentemente.

8 El Programa de Protección a Testigos, la prueba testimonial es fundamental para el proceso penal, pero dicha probanza es difícil de lograr en virtud de que se tiene temor a testificar por lo que se creó esta medida que se aplica en casos de delincuencia organizada como el narcotráfico, dicha medida consiste en proteger al testigo y a su familia cambiándolo de residencia hacia otro lugar del país, se le otorga una asignación mensual de acuerdo a su nivel durante cuatro meses y posteriormente se le coloca en un trabajo.

9 Acciones Contra el Lavado de Dinero, al igual que otros países, Colombia ha implementado mecanismos en contra de esta actividad pues de acuerdo con el incremento de las ganancias que obtenga la organización delictiva estas necesitan reciclarse para que parezcan tener un origen lícito por lo tanto estas organizaciones tienen que recurrir a distintos métodos para realizar dicho fin como la compra de inmuebles o bien las inversiones en el sistema financiero actividad que resulta realmente peligrosa por el enorme capital que posee la delincuencia organizada “La industria del lavado, a través de los sistemas financieros internacionales y el comercio mundial, sirve al propósito central de la delincuencia organizada: el lucro. Para que éste se obtenga es indispensable que el dinero sucio se introduzca en actividades lícitas o aparentemente lícitas”.¹⁴⁶

El gobierno colombiano plantea una respuesta coordinada en todo el continente para hacer frente al lavado de capitales pues solo con un esfuerzo de la Comunidad Internacional es posible luchar contra la delincuencia organizada que sobrepasa fronteras para así debilitar su capacidad económica.

10 La Legislación Colombiana Contra el Secuestro. Se ha aplicado una severa legislación que tiende a impedir el pago del rescate, la denominada “Ley Cuarenta” establecía el congelamiento de bienes del secuestrado y familiares que impidieron cualquier movimiento tendiente al pago del rescate, ahora por interpretación judicial dicho ordenamiento no se aplica, con esto disminuye la eficacia del combate al secuestro. La Fiscalía General de Colombia realiza esfuerzos por centralizar la información en materia de secuestros además de especializar a los investigadores dedicados a indagar estos y darles solución.

¹⁴⁶ ANDRADE SANCHEZ. Op. Cit. p. 55

B) ESPAÑA

El terrorismo es la forma principal en que se manifiesta la delincuencia organizada, en este país europeo, promovido por "ETA", lo que motivó a que el legislador realizara modificaciones a la legislación española. Sin embargo otra actividad ilegal que se ha desarrollado en este país es el tráfico de drogas.

Pero también otros delitos han tomado fuerza como el lavado de dinero, falsificación y defraudación con medios internacionales de pago, el tráfico ilícito de automóviles, y de armas, los robos con violencia, la falsificación de la moneda.

Las organizaciones delictivas operan principalmente en las siguientes ciudades: la Costa del Sol y el resto de Andalucía, la Costa Levantina, la Costa Brava, Galicia, Cantabria, Zaragoza, Barcelona, Valencia, Madrid, La Coruña y Málaga.

No existe en la legislación española una definición específica acerca de la delincuencia organizada y tampoco existen leyes sustantivas o procesales que hagan referencia especial a este tipo de criminalidad. Empero la Constitución establece ciertas restricciones de derechos fundamentales en los casos de terrorismo, una restricción se da en cuanto al tiempo de detención que es de 72 horas para determinar si el detenido es puesto en libertad o se le pone a disposición de autoridad judicial; en los casos de terroristas dicho plazo se puede ampliar. Otra suspensión de derechos es dable en cuanto a la inviolabilidad del domicilio; asimismo es también susceptible de suprimirse el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo tanto en los casos de terrorismo pueden operar la supresión de los derechos mencionados.

El legislador español no ha establecido un tipo penal autónomo que defina lo que debe entenderse por organización criminal, sino que se han elevado las penas que corresponden a la comisión de ciertos delitos realizados por organizaciones, dejando que sea el órgano jurisdiccional el que establezca el alcance y contenido del concepto organización.

Las autoridades españolas consideran como indicadores mínimos para estimar que existe delincuencia organizada los siguientes:

- Concurrencia de mas de dos personas para la comisión de delitos.
- Que tengan actuación internacional o interprovincial.
- Que se de la comisión de delitos de importancia considerable.
- Actuación por un periodo de tiempo prolongado.
- Las actividades ilícitas deben tener como objeto obtener beneficios de poder.
- Que exista al interior de las organizaciones delictivas estructura de división de tareas o actividades.

Consideramos importante señalar que el sistema español sigue siendo inquisitivo y no acusatorio, por lo tanto los jueces de instrucción se encargan de integrar lo que en nuestro sistema se denomina averiguación previa. La Audiencia Nacional es el órgano jurisdiccional con competencia en todo el país en los asuntos sociales, administrativos y penales. En el mencionado órgano existe una sala penal que conoce de asuntos penales de relevancia.

Se han implementado medidas legales contra el lavado de dinero y en 1995 introdujo en el Código Penal de forma genérica el blanqueo de capitales para toda clase de delitos graves, también se estableció que las instituciones financieras están obligadas a reportar a las autoridades cualquier operación que por sus características y monto resulte sospechosa.

El Tribunal Supremo Español permite la interceptación de comunicaciones cuando la solicitud este motivada por el juzgado de instrucción, asimismo se requiere que haya un control judicial y registro sobre estas acciones, además esta prueba debe tener un gran valor pero también tiene que ofrecerse en el juicio oral.

Al igual que legislaciones de otros países, el orden jurídico español prevé el otorgamiento de beneficios a los delincuentes que decidan colaborar con los tribunales para el esclarecimiento de actos delictivos de relevancia como es el terrorismo.

C) ESTADOS UNIDOS.

En 1989 se reorganizaron los recursos para hacer frente al crimen organizado y para ello se creó el Consejo contra el Crimen Organizado. Esta institución la preside el Subprocurador General y lo componen diversos funcionarios del Gobierno Federal que pertenecen a órganos como el, F.B.I., D.E.A., etc. Que se encargan de investigar y perseguir delitos pero también son instituciones que tienen que ver con asuntos financieros.

El consejo elaboró un documento denominado Estrategia Nacional para Hacer frente al Crimen Organizado, en el cual se aprecian los siguientes objetivos:

- Encontrar las mejores formas de alcanzar los objetivos del programa contra el crimen organizado.
- Necesidad de mantener la máxima atención sobre grupos criminales que constituyan la más seria amenaza para aquella nación.
- Se marca una dirección, se establecen procesos y planes de acción, se comprometen recursos para alcanzar objetivos específicos.

Para organizar la lucha en contra de este tipo de criminalidad se solicitó a los fiscales federales que elaboraran y presentaran un informe sobre la situación del crimen organizado en sus respectivos distritos.

Del informe se detectó la existencia de distintos grupos criminales como la llamada Cosa Nostra, la más importante organización criminal en Estados Unidos compuesta por 24 familias y 1700 integrantes. También se encontró que otras tres organizaciones criminales de origen italiano actúan en diversas regiones norteamericanas, estas son la mafia siciliana, la 'ndrangheta y la camorra. La mafia

siciliana es la más grande y poderosa, tiene miembros prácticamente en todas partes del orbe, entre estas tres organizaciones hay en ocasiones asociación de algunos de sus miembros para realizar varias actividades delictivas, se vinculan principalmente para el tráfico de cocaína y heroína. Sin embargo existen otras organizaciones criminales provenientes de Asia como los boryokudan o yakuza, las triadas los tongs, todas estas se dedican al tráfico de drogas secuestros extorsión entre otras actividades delictivas y también tienen un territorio, donde actúan.

El Consejo Contra el Crimen Organizado tiene como principal tarea el combatir a estas organizaciones evitando y luchando principalmente en contra del tráfico de drogas y con ello impidiendo el crecimiento desmesurado de estas familias delincuenciales, también se pretende evitar que otras organizaciones no alcancen el poderío de las ya mencionadas que representan un gran peligro para la sociedad de este país.

El Estatuto RICO es un “conjunto de disposiciones aplicables a las organizaciones corruptas o penetradas por el crimen organizado”.¹⁴⁷

El mencionado Estatuto tiene por objeto dotar a los fiscales instrumentos de legales que hagan más eficiente la lucha contra este tipo de delincuencia.

El mencionado documento contiene “previsiones legales que se superponen a otras ya existentes, sean del fuero común o del fuero federal, por virtud de las cuales se incrementan las penas o se hace posible que determinados delitos previstos en las legislaciones locales sean perseguidos por las autoridades federales”.¹⁴⁸

La criminalidad organizada incluye delitos de jurisdicción estatal como el homicidio, robo, extorsión y más de 30 delitos graves de orden federal como violaciones en materia de narcóticos, fraude, robos que pasan de un estado a otro.

¹⁴⁷ ANDRADE SANCHEZ. Op. Cit. p. 66.

¹⁴⁸ ANDRADE SANCHEZ Op. Cit. p. 68.

El estatuto RICO prevé fuertes sanciones penales para quien se involucre en un patrón de actividad criminal organizada. Para que exista dicho patrón deben darse dos o más delitos de los definidos dentro de la criminalidad organizada en un periodo de tiempo que no exceda de 10 años entre uno y otro delito, excluyendo del cómputo de dicho tiempo el que hubiese pasado en prisión el autor de las conductas.

La vigilancia electrónica es un importante instrumento contra la criminalidad organizada, consiste en intercepción de comunicaciones telefónicas, este tipo de actividad esta regulado legalmente y la aprobación la otorga un juez a petición de los fiscales, este es un importante medio para obtener información y pruebas en los asuntos que se investigan.

Para obtener información y pruebas acerca del crimen organizado se tiene otras medidas como la denominada "alegación preacordada", la cual consiste en una negociación entre el abogado del inculpado y el fiscal en la que puede, el acusado ser beneficiado con una disminución de la condena o la sustitución de la pena de prisión por otra que no afecte su libertad; este procedimiento se emplea para obtener colaboración con la justicia por parte de personas que tiene información sobre delitos en los que han participado y que pueden aportarla para capturar a otros involucrados. También con el propósito de obtener información y testimonios, los fiscales federales pueden ofrecer inmunidad a personas, que, aun habiendo estado involucradas en la comisión de ilícitos, acepten testificar contra miembros de la organización.

D) FRANCIA.

Los delitos que se dan con más frecuencia se encuentran: los robos calificados, se cometen con violencia; tráfico de seres humanos se dedican a la explotación sexual de mujeres y tienen conexiones en otros países; tráfico de obras de arte, las personas que realizan la mencionada actividad son especializados y se desenvuelven en circuitos muy compactos para la distribución; tráfico de vehículos robados ha crecido mucho en Francia en los años recientes, se tiene detectadas exportaciones a otros países europeos y a África.

El terrorismo es otra actividad ilícita que se da repetidamente en este país, y se define como: “diversas infracciones que atentan contra las personas en su vida o en su integridad personal, así como secuestros o ataques a medios de transporte, atentados contra bienes materiales; como robo, extorsión, destrucción, o infracciones en materia de informática, realizados en relación con una empresa individual o colectiva, con el propósito de afectar gravemente el orden público por la intimidación o el terror.”¹⁴⁹

El tráfico de estupefacientes es una actividad que también ha crecido en Francia, además, por la situación geográfica de esta país se vuelve un lugar ideal para las cadenas de producción, importación y distribución de estupefacientes. La droga es producida en otros países y se consume en Francia. La reproducción ilícita de obras y la falsificación de moneda es un fenómeno que se facilita por la aplicación de técnicas nuevas a la producción de imágenes y sonidos por los avances tecnológicos.

El derecho francés no define la noción de criminalidad organizada, empero su uso se refiere en la práctica a conceptos como los siguientes: crimen profesional, aquel preparado y ejecutado por varios individuos frecuentemente agrupados en bandas; crimen sindicado, se alude a la asociación permanente de delincuentes que mantiene un grado de organización, el cual les permite detentar un control sobre un tipo de criminalidad y en un determinado territorio.

La Dirección Central de Policía Judicial, perteneciente a la Dirección General de Policía Nacional, le corresponde cumplir las siguientes tareas:

- a) Centralizar la información y documentación a fin de conocer mejor cada clasificación y tipos de criminalidad.

- b) Asegurar la investigación y cooperación con las distintas instituciones de investigación extranjeras.

¹⁴⁹ ANDRADE SANCHEZ Op. Cit. p. 87.

c) Elaborar políticas específicas de prevención en colaboración con autoridades administrativas y diversos organismos profesionales.

d) Efectuar las acciones operativas contra la delincuencia organizada en todo el país.

En cuanto al lavado de dinero, para combatirlo se creó el servicio denominado Tratamiento de la Información y Acción contra los Circuitos Financieros Clandestinos. Esta institución se encuentra adscrita al ministerio de Economía, Finanzas y Presupuesto, su propósito es verificar las declaraciones de sospecha de los organismos financieros. Las declaraciones deben presentarse cuando las cantidades inscritas en los libros de dichos organismos, parecen ser productos de actividades ilícitas. Las instituciones obligadas a reportar operaciones sospechosas son, los bancos y establecimientos financieros, instituciones financieras públicas, las compañías de seguros, las mutualidades, las sociedades de bolsa y las casas de cambio. En Francia la institución mencionada que lucha contra el lavado de dinero colabora e intercambia información con instituciones semejantes de otros países para enfrentarla mencionada actividad ilícita.

El servicio contra el lavado de dinero, establecido en Francia intercambia información con organismos extranjeros que ejercen funciones semejantes.

2) LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MEXICO.

La seguridad pública es hoy, uno de los grandes problemas nacionales. La delincuencia conocida ha crecido a un ritmo que no tiene precedentes históricos no solo en la Ciudad de México, sino en toda la República.

La delincuencia del orden común ha crecido a un ritmo acelerado: 17.4% en 1994; 38.5% el siguiente año y 16.2 en 1996. La delincuencia que ha tenido un

crecimiento desmesurado, es el robo; datos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, muestran el problema: si tomamos 1970 como base 100, se advertirá que hasta la crisis de 1982-1983, el robo y el resto de la delincuencia conocida marcharon a un ritmo similar. El primero de esos años, 1982, el robo había ascendido a 121; los delitos a 120. A partir de ahí mientras el resto de la delincuencia seguía más o menos igual, el robo, aceleró su ritmo de crecimiento. En 1992, la criminalidad había llegado, con exclusión del robo, a 127 delitos por cada 100 de 1970, mientras que el robo estaba ya en 239. La crisis de 1995 impulsó a toda la delincuencia, pero en relación al robo lo hizo de manera destacada: en 1997 la ciudad padeció 632 robos y 189 delitos de otra índole por cada 100 de 1970.

La información del resto de la República no es distinta: de 1993 a 1996 la delincuencia denunciada, de nuevo excluyendo al robo, creció 33.7%. El robo, por su parte, se multiplicó en esos años el 176.4%.

Desde luego esto no significa que el robo sea el más grave de los delitos ni que pueda descuidarse a los demás. “Sabemos que actualmente hay delitos como el secuestro o el narcotráfico que también han aumentado y que en su comisión implican a menudo la realización de otras conductas delictivas violentas”.¹⁵⁰

En cuanto a la criminalidad violenta, nos dice el Dr. García Ramírez: Hoy día la violencia se ha multiplicado y diversificado, se podría calificar a nuestra época como la “era de la violencia”, que codifica y alimenta las expresiones de la fuerza. “El blanco de la violencia es el ser humano: su vida, su salud, sus posesiones; sea que el crimen seleccione individualmente a la víctima, sea que dirija el golpe contra un grupo o un pueblo. En ese mundo oscuro debe transitar la justicia penal, y lo hace cada día y en todo momento. Las cifras y las modalidades de la fuerza son infinitas”.¹⁵¹

La expresión o concepto delincuencia organizada se introduce por primera vez en nuestro país en 1993 con la reforma al artículo 16 Constitucional, que se refiere a la facultad del Ministerio Público en cuanto a la retención de indiciados, con este cambio se amplían las facultades de esta autoridad puesto que el representante social no podía

¹⁵⁰ RUJIZ HARRELL, Rafael. Criminalidad y Mal Gobierno. Edit. Sansores & Aljure. México, 1998. p.40.

¹⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama de la Justicia Penal; en, La Ciencia del Derecho Durante el Siglo XX. U.N.A.M. México, 1998. p. 725.

exceder de 48 horas, pero la mencionada reforma se estableció como sigue, “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas; ... este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.”

Anteriormente era el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el que hacía referencia a la delincuencia organizada al facultar al representante social a ampliar el término constitucional de la siguiente manera: “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal...” .

Actualmente el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales reformado en noviembre de 1996 establece: “En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada”.

Nuestra norma fundamental en el párrafo séptimo de su artículo 16 establece: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en su artículo segundo señala acerca de lo que es delincuencia organizada lo siguiente: “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos...” que establecen el Código Penal, Ley General de

Salud, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley General de Población y que prevé el mencionado numeral.

Antes de la entrada en vigor del ordenamiento anteriormente mencionado; el término incorporado en 1993 en la Constitución General de la República en el párrafo séptimo de su artículo 16, solo otorgaba al Ministerio Público la facultad de poder duplicar el plazo de retención sobre el indiciado y por lo tanto al definirse la delincuencia organizada en el Código Federal de Procedimientos Penales, sólo tenía el efecto de considerar plazos más amplios de retención por el Representante Social sobre presuntos responsables, y no se convierte en un delito autónomo.

En cuanto a la concepción de la delincuencia organizada se presenta un cambio por demás sorprendente, pues, introduce un tipo penal, diverso de la descripción que hasta la fecha se encontraba en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por lo que, más que un tipo penal, constituía una modalidad en la concreción de ciertos tipos penales, pues no era dable su existencia por sí sola, situación distinta de lo que sucede en la actualidad.

Como podemos percibir el artículo 194 bis antes de la reforma de 1996, daba un concepto de delincuencia organizada pero de ninguna manera nos señalaba todavía, un tipo autónomo de delincuencia organizada sino que en ese momento justificaba y facultaba al Ministerio Público para duplicar el termino constitucional para poder integrar con elementos más sólidos la averiguación previa de acuerdo a los delitos previstos que el artículo en comento, consideraba como delincuencia organizada.

La iniciativa en comento probablemente respondió a que los impulsores de dicha reforma sabían que la averiguación previa de ciertos delitos, como el narcotráfico requiere más tiempo del estipulado, sin embargo, nos parece que no tenían un claro pensamiento acerca del concepto de delincuencia organizada, dejando en ese entonces que la ley secundaria estableciera los casos de delincuencia organizada y que delitos se incorporaban en esta nueva concepción.

Al final del año de 1994 por decreto del Congreso de la Unión se decidió otorgar a toda persona la garantía de seguridad pública, como si salvaguardar la integridad y los derechos de las personas, velar y preservar el orden público no fuera una función y deber originario del Estado y para tal efecto se adicionaron dos párrafos al final del artículo 21 constitucional:

“La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública”.

Una vez establecida esta norma se han emitido distintos ordenamientos reglamentadores. El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 menciona la necesidad de crear condiciones legales, institucionales, administrativas y de comportamiento ético de los cuerpos policiales que aseguren a los individuos la debida protección de su integridad física y patrimonial, y un ambiente propicio para su desarrollo. Según este documento para lograr estos fines debe emprenderse un esfuerzo sin precedentes en materia de prevención del delito y una reestructuración a fondo del sistema de seguridad pública, de manera que la población encuentre una respuesta profesional, honesta y expedita a sus demandas de seguridad. El Plan menciona también la necesidad de crear las condiciones que permitan al Estado combatir de manera frontal y más eficiente la delincuencia organizada, con una mayor y mejor profesionalización de los cuerpos de seguridad pública, una mayor cooperación entre los tres ordenes de gobierno y con otros países, y una amplia revisión del marco legal y las disposiciones penales aplicables a este tipo de delincuencia.

El Plan Nacional de desarrollo, si bien, es la materialización del principio constitucional que obliga al estado a actuar conforme a un sistema de planeación democrática nacional, no tiene carácter de ley reglamentaria. De ahí que se expidiera la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario oficial de la Federación el 11 de diciembre de 1995. Esta ley, considerada reglamentaria de los dos últimos párrafos del artículo 21

constitucional, menciona que las autoridades competentes alcanzarán los fines de la seguridad pública mediante la prevención, persecución y sanción de las infracciones y delitos, así como la reinserción social del delincuente y del menor infractor. Al mismo tiempo, el Estado combatirá las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales y desarrollará políticas, programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos que induzcan el respeto a la legalidad. Esta ley crea un Sistema Nacional de Seguridad Pública integrado por autoridades de la Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, coordinado por un Consejo nacional, y estatuye que en las entidades de la Federación y de los Municipios deben formarse Consejos locales y Regionales de Coordinación. Implementa las normas bajo las que deberá organizarse la formación y actuación de los integrantes de las instituciones policiales y de los servicios privados de seguridad. Crea procedimientos de información sobre seguridad pública y a poyo a la procuración de justicia, registros nacionales de personal de seguridad pública y armamento y equipo, sistemas de estadísticas de seguridad pública y servicios de atención a la población, y da cabida expresa a la participación de la comunidad.

Una vez que se emitió la ley reglamentaria y formado el Consejo Nacional de Seguridad Pública, la Secretaría de Gobernación elaboró el Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000, publicado en el Diario Oficial el 18 de julio de 1996. En el decreto correspondiente, se establece la obligación de todas las dependencias de la administración pública federal y de las entidades paraestatales de acatar el programa y elaborar sus correspondientes planes anuales. A partir de entonces, las diferentes entidades de la república y órganos del gobierno han establecido sus proyectos locales de seguridad pública y celebrado convenios de colaboración y coordinación entre ellas y con la Federación con el fin de cumplir su parte dentro del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La función de la seguridad pública así vista, involucra a todas las formas en que puede manifestarse el Gobierno. Los tres Poderes de la Unión, cada uno de ellos en sus respectivas responsabilidades, deben cumplir su parte en el sistema. El Legislativo, creando y modificando las normas que posibiliten la actuación de los involucrados. El Ejecutivo, en la implementación de esas normas, enfocándose particularmente a las funciones de policía preventiva, estadística criminal, creación de sistemas de información, prevención del delito, readaptación social, procuración de justicia. Y el Judicial, en la debida y obligada aplicación de la ley a los casos concretos sin excepción.

A) CRIMINALIDAD.

La criminalidad es definida por el Dr. Rodríguez Manzanera, como “el conjunto de conductas antisociales que se producen en un tiempo y lugar determinados”.¹⁵²

Acerca de conducta antisocial nos dice este distinguido jurista: “va contra el bien común, atenta contra la estructura básica de la sociedad, destruye sus valores fundamentales. Lesiona las normas elementales de convivencia”.¹⁵³

Estando de acuerdo con el planteamiento hecho por nuestro Maestro, nos manifestamos a favor y diremos entonces que podemos usar como sinónimo de delincuencia, los conceptos antisocialidad, criminalidad o bien conducta desviada.

La criminalidad es entonces, “el fenómeno en el que se encuentran subsumidas conductas antisociales, delictivas, así como conductas no delictivas que causan un daño vital individual o colectivo, y que por distintas razones el legislador no las considera como delito”.¹⁵⁴

El desarrollo de la criminalidad en México se manifiesta de diversas formas podemos señalar que antes prevalecían los delitos contra la vida; hoy la mayoría de los delitos son de carácter patrimonial y muchos de ellos cometidos con violencia.

El fenómeno delictivo en los años recientes, ha tenido un cambio cuantitativo y cualitativo; como se señaló, la mayor incidencia se da en el delito de robo, cuyas expresiones violentas van en aumento, pues de los hechos denunciados, por delitos patrimoniales el delito de robo, ocupa un 64.4% y de este, el 35.6% se comete con

¹⁵² RODRIGUEZ MANZANERA. Luis. Criminología. Edit. Porrúa. 8ª ed. México, 1993. p. 26.

¹⁵³ RODRIGUEZ MANZANERA Op. Cit. p. 23

¹⁵⁴ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., t. D-H, Porrúa, 4ªed., México 1991, p. 8660

violencia. Un 15% adicional corresponde a otros delitos patrimoniales tales como fraude, abuso de confianza, daño en propiedad ajena y despojo.

La comisión de los robos violentos se asocia con mucha frecuencia, con la realización de otros delitos, como los que atentan contra la vida. Últimamente, la violencia interpersonal ha provocado gran alarma social; nos enteramos constantemente de la facilidad con que un delincuente priva de la vida a una persona simplemente por despojarla de un bien. También hay casos de robos contra personas que posteriormente son víctimas de delitos sexuales, o asociadas a las lesiones o privaciones ilegales de la libertad por corto plazo, como vía para consumarlos.

Se esta presentando un proceso de metamorfosis en las conductas delictivas, transformándose cada vez más hacia las condiciones contemporáneas. Con la proliferación de grupos y bandas de delincuentes en las grandes ciudades se presenta un nuevo problema, que es la masificación de la delincuencia, es decir cada vez más individuos, hacen de la comisión de delitos su actividad habitual, pues hoy en día el criminal no delinque por hambre, sino porque la delincuencia le representa un gran negocio.

Existen además otras manifestaciones de la delincuencia, por ejemplo, los llamados delitos de cuello blanco, como los fraudes cometidos con tarjetas de crédito o contra instituciones financieras mediante el uso de las computadoras.

Sin embargo dentro de estas nuevas modalidades se incluye necesariamente a la delincuencia organizada, la cual, se ha convertido en un serio y grave problema en nuestro país. Es de todos conocido que el crimen organizado opera en el narcotráfico, en el tráfico de personas, este tipo de organizaciones participan en realización de secuestros, que de manera preocupante han aumentado en nuestro país, así como el robo de autos y el robo a transportistas, principalmente.

Pudiera pensarse que los problemas de delincuencia que afectan a la ciudad de México y a un importante número de ciudades de la República obedecen a una tendencia mundial. La política criminal nos enseña que el análisis de los factores

criminógenos de las formas de combate a la delincuencia deben ajustarse a las peculiaridades demográficas, económicas y sobre todo a cada sociedad.

CAUSAS DEL CRECIMIENTO DE LA DELINCUENCIA

Las causas de este fenómeno pueden agruparse en: las de origen social, las de naturaleza económica y las vinculadas con el sistema de justicia.

I SOCIALES.

Las causas sociales tiene que ver básicamente con la desintegración familiar y el crecimiento demográfico, que se ha dado en gran medida por la migración del campo a las ciudades.

El crecimiento demográfico en el país ha sido impresionante en los últimos años. Según el censo de 1990, la tasa de crecimiento anual es de 2.3%, pero hay entidades en las que el porcentaje alcanza la cifra de 8.3%. Lógicamente a mayor población mayor es la criminalidad; si bien el Distrito Federal, de 1985 a la fecha, no ha tenido incremento (8.2 millones de habitantes), la zona conurbada con el estado de México de acuerdo con los últimos datos del INEGI, tuvo un crecimiento de un millón de personas, lo cual, evidentemente, ha significado una carga adicional de trabajo para las policías, la Procuraduría General de Justicia y los Tribunales en el Distrito Federal, ya que muchas personas que viven en los municipios conurbados, cometen o son víctimas de delitos en la ciudad de México.

El 54% de las familias urbanas más pobres tiene más de tres hijos y, de ellas, el 18% tiene más de cinco hijos. Esto nos da una idea de cómo el crecimiento demográfico se ha dado en las capas más pobres de la población y ha contribuido al deterioro de los niveles de vida.

La vida moderna ha provocado la pérdida de los valores tradicionales, que normalmente eran transmitidos por la familia, iglesia y la escuela. De alguna manera, estos valores eran factores importantes de cohesión social que a la vez servían como controles informales frente a la posibilidad de conductas delictivas.

II ECONOMICAS

En 1995, nuestra economía tuvo una disminución del 6.9% del Producto Nacional Bruto, respecto a 1994. Este decrecimiento, aplicado a la industria de la construcción –que es una de las que más empleos producê- fue del 22%, lo cual nos da una clara idea del agudo problema del desempleo.

Sin embargo, debemos tener cuidado con el manejo de la crisis económica, la disminución de los niveles de ingreso y el incremento del desempleo como causas directas del aumento de la delincuencia, ya que si bien nos dan una explicación, esta no es, ni podría ser la única. Para evidenciar lo anterior citamos un sencillo ejemplo. Es difícil pensar que un hombre honesto que ha perdido su empleo se dedique a asaltar a los automovilistas con armas sofisticadas y mediante el uso de una violencia con formas de expresión cada vez más perversas.

Como otro punto dentro de este rubro en estudio, podemos citar el incremento de la economía informal en nuestro país, especialmente la venta de objetos robados pues resulta mucho más barato adquirir productos de procedencia ilícita, es evidente que esta actividad fomenta el incremento de los delitos patrimoniales.

III CAUSAS VINCULADAS AL SISTEMA DE JUSTICIA

La impunidad es uno de los principales factores criminógenos más importantes, pues como dice el refrán “delito que no se sanciona es delito que se repite”. En nuestro país, no se le dio al sistema de justicia (prevención, procuración, impartición y readaptación) el apoyo necesario, y fue relegado como una preocupación secundaria de la administración pública y de quienes tenían a su cargo decidir prioridades.

El sistema de justicia viene arrastrando problemas muy serios que han generado un clima de impunidad. Uno de los más graves que encontramos es “la falta de profesionalización de los servidores públicos. La explicación es múltiple, por un lado, la profesionalización no se puede dar si el proceso de reclutamiento de personal no es transparente y objetivo; y por otro, si ofrecen pocos alicientes a quienes se incorporan al sistema, lo que les impide hacer una carrera digna y honorable”.¹⁵⁵

Citamos un ejemplo estadístico para ilustrar lo anterior, en 1995 llegaron a conocimiento de la Procuraduría capitalina 218,599 delitos. Ese mismo año fueron consignados a los tribunales penales 5,479 presuntos responsables, lo que representa el 2.5% del total de delitos conocidos. Es decir: en 213,120 casos, el 97.5% del total, las autoridades no fueron capaces de identificar al autor del delito, de reunir pruebas suficientes en su contra, o de aprehenderlo y presentarlo ante el juez. Lo que gravemente demuestra que 975 delitos de cada mil, el responsable quedo impune, las autoridades no cumplieron su responsabilidad de aplicar la ley.

La situación desgraciadamente ha sido igual en esta década, de 1992 a la fecha no ha habido año alguno en que las autoridades lleguen a resolver ni siquiera el 4% de los delitos conocidos. “El índice medio de impunidad en este lapso de tiempo es de 96.2%, de tal manera que, en promedio se resolvieron 38 delitos de cada mil”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ IBARROLA NICOLÍN, Eduardo. Manifestaciones Actuales de la Criminalidad y Marco Legal; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. P.G.J.D.F. México 1997. pp. 78-85.

¹⁵⁶ RUIZ HARRELL. Op. Cit. p. 61.

Las instituciones encargadas de procurar justicia, nos parece, tienen una gran responsabilidad en el aumento de los índices de criminalidad, la obsolescencia no está en la ley, sino en los organismos que deben aplicarla.

La explicación a lo afirmado es la siguiente: aunque la delincuencia registrada creció de 1950 a 1980 en números absolutos, pasando de 39,181 a 89,579 crímenes denunciados, en relación con el número de pobladores del Distrito Federal permaneció más o menos estable, bajando de 1,578 por cada cien mil habitantes en 1950 a 1,1273 en 1980.

La estabilidad de los índices delictivos por habitante trajo consigo la convicción de que nuestra capital no tenía grandes necesidades en materia delictiva y, como consecuencia, se frenó de manera del todo injustificable el crecimiento del Ministerio Público. De esta manera tenemos que, en diciembre de 1950, la PGJDF contaba con 617 agentes del MP. Treinta años después, al concluir 1980, disponía de 691, o sea que el Ministerio público registró un crecimiento anual de sólo el 0.38 por ciento anual, frente al 2.79 por ciento por año de la delincuencia registrada. Si en 1950 se esperaba que cada agente del MP resolviera 63 delitos por año, la carga de trabajo había aumentado a 130 delitos anuales en 1980.

Al acelerarse el crecimiento de la delincuencia con la crisis económica que se inició en 1982, empezó a advertirse la necesidad de aumentar el número de agentes del Ministerio Público y en 1990 eran ya 774. "Así y todo, el incremento fue inferior al de la delincuencia, y la carga de trabajo aumentó a 146 delitos por año. En 1995 había ya 219 delitos por agente. Como podemos advertir de lo expuesto, es humanamente imposible que una persona investigue y resuelva 219 delitos por año".¹⁵⁷

"La procuración de justicia como todo servicio público debe ser idónea, eficiente, eficaz y suficiente en orden a su finalidad y operar libre de toda circunstancia que la debilite o, peor aún, degrade hasta el punto de convertirla en factor condicionador de la comisión de conductas antisociales".¹⁵⁸

¹⁵⁷ RUIZ HARRELL. Op. Cit. pp. 66 y 67

¹⁵⁸ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. La Prevención de la Antisocialidad y del Delito. Revista Mexicana de Procuración de Justicia. P.G.J.D.F. Volumen 1 número 1. México, 1996. p. 102.

La delincuencia ha penetrado, con violencia inusitada, en la vida misma de los ciudadanos; en distintos escenarios, como las escuelas, los centros de trabajo y en los hogares, además de la inseguridad en las calles.

Al mismo tiempo que la delincuencia convencional se ha ampliado y sofisticado, “ha surgido de forma paralela una eficaz delincuencia organizada”.¹⁵⁹

Finalizando el breve estudio realizado a este tema tan amplio, hacemos nuestras, las palabras del Doctor Rafael Moreno González cuando establece las tendencias predominantes que ilustran las características que actualmente reviste la delincuencia:

La primera consiste en el surgimiento y la expansión de organizaciones criminales, cuya estrategia operativa se apoya en una eficaz distribución de actividades, que puede ser tan sofisticada a tal grado que se habla de la delincuencia industrializada.

La segunda tendencia corresponde al notable incremento de agresiones graves por parte de los criminales, quienes sin la menor consideración a la vida de personas inocentes, recurren a la violencia innecesaria con una actitud de franco desafío ante las trágicas consecuencias de su proceder.

La tercera tendencia estriba en la proliferación de los delitos económicos y financieros, que van desde la falsificación de cheques, las estafas y el tráfico de divisas hasta, más recientemente, los fraudes realizados mediante el uso de computadoras.

La cuarta tendencia es la relativa a un cada vez mayor tráfico internacional, sobre todo en materia de estupefacientes, “circunstancia que pone de manifiesto un fenómeno paralelo: la organización criminal con redes internacionales”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Política Criminológica Mexicana. Edit. Porrúa. México, 1993. pp. 18 y 19.

¹⁶⁰ MORENO GONZÁLEZ, Rafael. Enfoque Criminológico del Crimen Organizado; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. P.G.J.D.F. México, 1997. pp. 127 y 128.

B) EL NARCOTRAFICO

Una constante histórica de milenios, es el uso de sustancias estimulantes y narcóticas, con diversidad de manifestaciones y tipos. Desde tiempo inmemorial y prácticamente en todas las sociedades que se conocen, la especie humana ha utilizado, para “ponerse fuera de sí” sustancias psicotrópicas hoy calificadas como drogas.

Durante gran parte de esta historia milenaria he predominado la libertad en mayor o menor grado para la producción, el tráfico y el consumo. Empero ello no ha excluido la aparición temprana y el mantenimiento de tipos de regulación y control.

Estas sustancias se convierten en signos que determinan el status y naturaleza de ciertos grupos por su acceso a ellas. La relación con las drogas designa los poderes que ciertos grupos detentan y las cualidades que s atribuyen a sí mismos o atribuyen a otros; contribuye a definir la pertenencia a niveles superiores o inferiores. “La valorización o la depreciación de ciertas sustancias, su aceptación o rechazo sociales, las definiciones en tales sentidos, han dependido siempre, hasta el presente, de las relaciones entre grupos detentadores del poder, por una parte, y de grupos de usuarios por la otra”.¹⁶¹

Evidentemente el crimen organizado es un negocio, realizado con el fin de obtener ganancias proporcionando un servicio ilícito o para llevarle a la gente bienes que legalmente no puede conseguir.

Sin lugar a dudas, la prohibición de la venta de alcohol en Estados Unidos, conocida como “ley seca”, favoreció como ninguna otra circunstancia el fortalecimiento del hampa organizada que, mediante el contrabando y el comercio clandestino de licores, sentaría las bases para diversificar sus turbios pero muy lucrativos negocios: el juego, las apuestas ilegales, la trata de blancas, la venta de “protección” y el narcotráfico. Esta actividad dio lugar a una gran bonanza con al que se creo un enorme poderío económico cuyas conexiones crecieron se diversificaron y llegaron hasta penetrar los más altos niveles de la política y las finanzas, sirviéndose para ello de

¹⁶¹ KAPLAN Marcos. El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico. Edit. Porrúa. 2ª edición. México, 1998. p. 48.

personajes influyentes y bajo la cobertura de consorcios y empresas libres de toda sospecha.

El narcotráfico se ha ido imponiendo como el núcleo más duro y el eje fundamental de la economía criminal. Se vuelve la industria de más rápido crecimiento en el mundo, gran transnacional latinoamericana, con notables avances y éxitos en los respectivos países de la región. Dentro del cuadro general del fenómeno, el narcotráfico ha hecho de Colombia un prototipo o paradigma, como principal país fuente, traficante y beneficiario. El narcotráfico cuenta con bases redes y dimensiones económicas que le son inherentes o que controla o afecta ya sea directa o indirectamente no solo en Colombia sino en otros países productores, comercializadores, de tránsito y de consumo.

Primera dimensión económica: la representa el consumo y la demanda de drogas latinoamericanas. La droga se vuelve mercancía, constituida en lo económico como sector de intercambios internacionales, desde la producción de la materia prima hasta la venta minorista del producto acabado. Demanda y consumo se concentran principalmente en los Estados Unidos, Canadá, Europa y otros países desarrollados. Estados Unidos representa, sin embargo el mayor mercado de drogas ilícitas en el mundo, con un valor económico de su comercio que oscilaría entre 110 000 000 y 150 000 millones de dólares al año.

Segunda dimensión económica. la conforman la enorme cuantía de los capitales involucrados en y para el narcotráfico, su rentabilidad y su acumulación.

Como ya quedo asentado, Colombia se vuelve el mayor procesador final, exportador de cocaína. Fuera de los narcotraficantes de Estados Unidos, los de Colombia llegan a ganar más que los de cualquier otra nación del hemisferio occidental. Los valores en dólares por Kilo de cocaína, en las sucesivo fases del tráfico, han sido calculados del modo siguiente:

- Pago al cultivador: 1000
- Pago de base: 2 250

- Pago de cocaína en Colombia: 7 000
- Pago de cocaína (pura en un 90%) en Miami: 20 000
- Venta por mayoristas: 40 000
- Venta minorista por gramo, equivalente a: 250 000

Tercera dimensión económica: enormes ganancias e inversiones permiten un alto grado de concentración y centralización de poder económico. Estas, a su vez, posibilitan la expansión y la racionalización de las organizaciones y operaciones, el logro de una influencia y control crecientes sobre algunas economías nacionales, el incremento de la transnacionalización de los grupos narcotraficantes.

La Cuarta dimensión económica: la representa el lavado o blanqueo de dólares ha desarrollado una serie de espacios, formas y fases. Se despliega cada vez mas en nuestro continente. El narcotráfico latinoamericano lava y recicla billones de dólares procedentes de la droga, a través, del sistema financiero mundial, con la colaboración activa o la negligencia cómplice de banqueros y financieros de todo tipo. Opera mediante las redes electrónicas y aprovecha las leyes del secreto bancario de los paraísos fiscales y la falta o insuficiencia de regulación y vigilancia. El narcotráfico goza las ventajas del desplazamiento veloz desde diversas instituciones financieras, a través de los circuitos del sistema financiero mundial, cuyos movimientos globales alcanzan tal celeridad y volumen que impiden la investigación y control de los reguladores.

Quinta dimensión Económica: es la constituida por su papel en la inversión y el consumo. Los narcotraficantes combinan las operaciones en el campo legal, en el ilegal y en sus entrelazamientos.

Por una parte, constituyen y desarrollan la empresa del narcotráfico, con el más alto grado posible de autonomía, de eficiencia, de productividad y rentabilidad. Ello se aplica a la obtención de materia prima, su procesamiento, el transporte y comercialización de la droga. Las inversiones se destinan a los costos directos de la

producción y comercialización, la reposición de capital, la creación de reservas para los riesgos de decomisos y destrucción, el aumento del capital involucrado en el tráfico.

Sin embargo los narcotraficantes buscan también, penetrar la economía legal, ser aceptados por las élites dirigentes y grupos dominantes, a través de inversiones y empresas lícitas: inmuebles, ganadería y agricultura, construcción, comercio y servicios recreación e industrias.

El narcotráfico es el caso mas claro del poder económico, político y social que se concentra en el crimen organizado, esta actividad se ha consolidado como una industria en la cual se desplazan cuantiosos capitales, no es de sorprender que sus largos tentáculos alcancen hoy las esferas políticas y financieras, involucrando a influyentes personajes de las mas diversas nacionalidades quienes se valen de sus encumbradas posiciones para facilitar y mantener todas las maniobras que despliegan para llevar a cabo esta actividad.

En su sexta dimensión económica: "el narcotráfico contribuye a la generación de empleo a través de las actividades, inversiones y consumos que se realizan directamente, en sus ámbitos ilícitos y lícitos, y de los efectos que inducen en otros actores, ramas y sectores de la economía, pues el tráfico de drogas emplea desde campesinos, chóferes, hasta profesionistas como son químicos, abogados o financieros especializados para invertir los grandes capitales que genera esta actividad en paraísos fiscales".¹⁶²

En el complejo entramado de las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, se combinan toda clase de funciones cuidadosamente previstas y con una articulación que responde al desarrollo de diferentes etapas: sembradío, recolección, almacenaje, procesamiento, transportación, distribución y venta. "Lógicamente tan laborioso proceso hace exigible una infraestructura en la cual tienen cabida elementos muy diversos: tierras de cultivo, bodegas, laboratorios de refinamiento, equipos de intercomunicación, medios de transporte, por sólo mencionar los más importantes".¹⁶³

¹⁶² KAPLAN. Op. Cit. p. 88

¹⁶³ MORENO GONZÁLEZ, Rafael. Op. Cit. p. 132.

El narcotráfico se identifica con una empresa delictiva, a realizarse con autonomía, eficacia y productividad, para el logro de lucro y rango, status y poder. Ello lleva a combinar las mentalidades y patrones, las actitudes y comportamientos del empresario legal, del contrabandista y del delincuente.

El progreso del narcotráfico llega a competir con la estructura y situación financiera de ciertos Estados, en grado tal que en muchos casos la economía de aquella actividad criminal llega a ser mayor que el producto interno bruto de muchos de estos, lo cual se traduce realmente en un peligro para la estabilidad de muchas naciones.

C) REFORMA CONSTITUCIONAL Y PENAL DE 1996

En los años recientes con las reformas constitucionales y legales se ha pretendido solucionar los problemas que padecemos, como si el cambio en las normas jurídicas fuera la panacea que resolviera todos los problemas.

Pero lo que se ha soslayado desgraciadamente, es que lo importante en realidad no es la reforma de la ley, sino la implementación en los hechos de las medidas eficaces para hacer frente y resolver los problemas que se presentan.

En el Diario Oficial de la Federación del 3 de julio de 1996 se publicó el decreto mediante el cual se reformaron los artículos 16, 20, fracción I y penúltimo párrafo, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política.

Artículo 16

En 1996 se reformó nuevamente el artículo 16 de la Constitución y se introdujeron dos nuevos párrafos, el noveno y el décimo, que establecen lo siguiente:

“... Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la

autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

La reforma en comento, en la primera parte reconoció la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin embargo dicho reconocimiento se realizó con el fin de limitar, posteriormente su goce, lo cual constituye un contrasentido, pues resulta absurdo que primero se reconozcan los derechos para limitarlos posteriormente.

La exposición de motivos de la reforma señala que una vez establecida la garantía individual resultaría necesario establecer las excepciones, como sucede en todos los casos de las garantías individuales, en donde primero se prevé la garantía y después las excepciones. “Situación contraria a la tendencia de respeto a los derechos humanos, en países con regímenes de gobierno basados en la democracia. Un principio básico en dicha área, lo es que al ser reconocidos derechos de tal índole, deben sumarse esfuerzos para ampliar su contenido, mas no para idear mecanismos que permitan su limitación, como sucede en aquellos países que aún hoy en día conservan un régimen de gobierno totalitario, siendo falsa la afirmación utilizada en la exposición de motivos en el sentido de que siempre al reconocerse derechos fundamentales de las personas o bien “garantías individuales” es conveniente determinar los supuestos de excepción en su goce”.¹⁶⁴

De igual manera la reforma contempla: “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

¹⁶⁴ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. U.N.A.M. México, 1998. p. 253

cualquier comunicación privada”. De acuerdo a lo expuesto, las autorizaciones a nivel federal no se habrán de limitar al agente del Ministerio Público Federal, sino que bastará una prescripción legal incluida en la ley secundaria para que pueda ser realizada por cualquier otra autoridad federal, lo cual se traduce en una clara contradicción, puesto que si se trataba de implementar modernas técnicas de investigación de delitos, entonces resultaba congruente e indispensable que el único autorizado para realizar dicho tipo de intervenciones fuese el agente del Ministerio Público.

Por otra parte, se establece un doble control aplicable a las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, sujetándolas a un control jurisdiccional, siendo dicha autoridad la única que podrá obsequiarlas y, por el otro, al de legalidad, que supone una debida fundamentación y motivación de las causas legales de la solicitud, así como un contenido mínimo que señale el tipo de intervención, los sujetos de la misma (en donde debemos suponer se incluye tanto el activo como el pasivo) y su duración.

El párrafo décimo establece que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes; especificando que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos carecerán de todo valor probatorio, lo cual, bien pudo haberse obviado, pues resulta claro que “uno de los principios que rigen a los medios probatorios es que no resulten contrarios al derecho”.¹⁶⁵

Artículo 20.

En el artículo 20, fracción I de nuestra Constitución, se encuentra prevista la libertad provisional bajo caución, dicha disposición presenta múltiples modificaciones en su historia, que nos parece importante citar.

En un principio para la concesión de la libertad bajo caución, creada por el constituyente de Querétaro, se establecieron como requisitos de procedencia, que el delito que se imputara al sujeto no mereciera pena mayor de cinco años de prisión, el otorgamiento de una fianza hasta de 1 mil pesos, poner la suma respectiva a

¹⁶⁵ PLASCENCIA VILLANUEVA. Op. Cit. Pág. 254.

disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria ó personal bastante para asegurarla.

El mencionado criterio fue reformado el 2 de diciembre de 1948, por otro que en ese entonces fue considerado mas justo y humano, se basa en el término medio aritmético de la punibilidad establecida para el delito cometido, no superior a cinco años de prisión. En cuanto al monto de la caución este se aumenta a doscientos cincuenta mil pesos, lo cual se considera razonable considerando la depreciación de la moneda.

Con la reforma de 1985 se introdujo la exigencia de que para conceder la libertad provisional era necesario considerar las agravantes y atenuantes relacionadas con el delito cometido. "Introducción innecesaria si se toman en cuenta las teorías penales, ya que el tipo penal debe entenderse como el tipo aplicable en el caso concreto: tipo fundamental, tipo agravado tipo atenuado; pero, desde otro punto de vista, necesaria en razón del extravío interpretativo generalizado de los iuspenalistas, que entendían y algunos siguen entendiendo al tipo sin agravantes ni atenuantes. Se afirmaba, erróneamente, que las agravantes y atenuantes no eran materia del auto de sujeción a proceso ni del auto que concedía o negaba la libertad provisional bajo caución, sino materia reservada a la sentencia".¹⁶⁶

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

La distinción entre los delitos intencionales, imprudenciales y preterintencionales se suprimió con la reforma de 1993 al igual que el criterio del término medio aritmético no mayor de cinco años para la obtención de la libertad provisional bajo caución y se estableció, en su lugar que en todos los delitos, excepto los establecidos en la legislación secundaria como graves, tendría el acusado el derecho de obtener la libertad provisional. Con esta medida se dio una apertura prácticamente indiscriminada, para conceder la libertad provisional, pues nos parece que en este caso cabría preguntarnos, ¿si ésta medida, responde a criterios de política criminal o bien se respeta profundamente la libertad de una persona que no ha sido sentenciada?; en este sentido hacemos nuestras las palabras de la Doctora Olga Islas De González Mariscal,

¹⁶⁶ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. P.G.J.D.F. México, 1997. p. 94

cuando establece que la reforma en comento “tenía como finalidad: “despresurizar las cárceles, totalmente saturadas”.¹⁶⁷

Con la reforma de 1996 al igual que la de 1993, conserva la determinación de improcedencia de la libertad provisional tratándose de delitos graves, pero adiciona una limitación para el caso de delitos no graves, dicha limitación a primera vista pudiera parecer positiva ante la queja de la sociedad de que los delincuentes se van a la calle; empero en el fondo la medida se plantea en dos vertientes: una, que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado por la ley como grave, lo cual parece razonable; y otra, que el M.P. pueda aportar elementos orientados a que se niegue la libertad provisional porque este beneficio significa un riesgo para a ofendido o para la sociedad, por la conducta del acusado o por las circunstancias y características del delito cometido. Tal disposición deja una amplia meta abierta a la arbitrariedad y de Agentes del M.P. y de Jueces, en virtud de que no se establecen límites objetivos para determinar la libertad provisional, situación que hace nugatoria la concesión del mencionado beneficio.

Artículo 21.

Esta reforma estableció que el Ministerio Público se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato, con lo que se sustituye que la Policía Judicial; ahora con el artículo indeterminado “una” no se especifica el cuerpo policiaco con el que se auxiliara el Ministerio Público, pues se hace referencia entonces, a cualesquiera de las policías ya existentes.

Artículo 22.

La exposición de motivos de la reforma correspondiente al artículo 22, en 1996, pondera las conexiones entre delincuencia organizada y bienes de procedencia ilícita; en relación con este último punto, la iniciativa de reforma constitucional manifestaba, tras conservar la alusión a otros supuestos ya previstos en el precepto, que: “tampoco se considerará confiscación, el decomiso de los bienes pertenecientes a una persona, o el

¹⁶⁷ Ibidem.

de aquellos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, si al ser sentenciada como responsable de delincuencia organizada no acredita la legítima procedencia de los bienes”. El texto aprobado indica: “no se considerará confiscación (...) el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

En este artículo apreciamos un problema, consistente en que se invierte la carga de la prueba, inversión que luego se agravaría en el tercer párrafo del artículo 22. En lo sucesivo no será el Ministerio Público quien, para los fines de la averiguación previa y en ejercicio de la acción penal, deberá demostrar el origen ilícito de los bienes, a efecto de que se aplique la sanción correspondiente como consecuencia jurídica de un delito atribuido a cierta persona y comprobado por quien tiene la carga probatoria de las imputaciones. Será el inculpado quien deberá acreditar el origen lícito de bienes sobre los que existe una sospecha –legalmente eficaz– que motiva el aseguramiento, primero, y el decomiso, después.

Con esto se echa por la borda el debatido principio que presume inocentes a todas las personas mientras no se demuestre su culpabilidad y supedita las sanciones a dicha demostración, que corre a cargo del órgano estatal acusador. Lo que ahora ocurre es exactamente lo contrario, se presume la responsabilidad del inculpado; a quien para liberarse de esta presunción, se le atribuye la carga a de la prueba.

Artículo 73, fracción XXI.

La reforma adicionó a la fracción XXI un párrafo que establece: “Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común cuando, estos tengan conexidad con los delitos federales”. De acuerdo a la redacción el texto no se refiere a una facultad del Congreso de la Unión, sino claramente alude al órgano jurisdiccional federal; la mencionada redacción nos parece una muestra del descuido y la premura en la elaboración de la norma jurídica.

La reforma en estudio también alcanzó al Código Penal; como rubros mas sobresalientes de dicha modificación señalamos los siguientes:

- Diferenciación en el tratamiento, entre delitos graves y los delitos no graves, que repercute cada vez más en nuestro sistema penal.-
- Endurecimiento en el trato a los reincidentes, tanto por lo que se refiere a la individualización judicial de la pena, por lo que respecta al otorgamiento o negativa de los beneficios y de los sustitutivos penales.
- Disminución acertada de la posibilidad de aplicación de los sustitutivos penales (artículo 70)
- Sanciones más altas para algunos delitos.
- Inclusión de nuevos tipos penales.
- Nuevas disposiciones en relación con la privación ilegal de la libertad (denominada, antes de la reforma, plagio o secuestro), al robo y a la penalización de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, comúnmente llamado “lavado de dinero”.

REFORMA DE 1999 A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES

El 8 de marzo de 1999 se publicaron en el diario oficial de la federación reformas a diversas disposiciones constitucionales, que exponemos como sigue:

Para efectos de este trabajo solo nos referiremos a los artículos 16 y 19 de la Constitución puesto que constituyen la piedra angular del sistema penal mexicano; el primero de los numerales mencionados se refiere a los requisitos para librar la orden de aprehensión, el segundo se refiere a los requerimientos indispensables para dictar el auto de formal prisión.

Artículo 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.*

Artículo 19.

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del *plazo* de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión *en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad..”

El artículo 16, se refiere a los requisitos para librar la orden de aprehensión y el segundo artículo anotado alude a los elementos indispensables que se requieren para dictar el auto de formal prisión.

En 1993 estos mismos numerales fueron modificados, fundamentalmente los cambios fueron los siguientes: se suprimió la expresión y categoría procesal de *cuerpo*

del delito, por una concepción más amplia en cuyo contenido se encontraba un conjunto de aspectos orientados a configurar de un modo más amplio los requerimientos legales para librar la orden de aprehensión o, en el caso del artículo 19, dictar el auto de formal prisión, a saber: elementos del tipo penal; mismos que se conformaban en tres grandes rubros: elementos objetivos, elementos subjetivos y elementos normativos. De igual forma la categoría presunta responsabilidad del inculpado fue substituida por la categoría probable responsabilidad del indiciado. “La exigencia de acreditar los elementos del tipo penal en las órdenes de aprehensión, vino a ajustarse a un marco de derecho, que otorgaba a los ciudadanos, una garantía de seguridad jurídica”.¹⁶⁸

Frente a la impericia y la incapacidad de las autoridades para integrar los elementos objetivos, subjetivos y normativos la reforma debilita los requerimientos procesales y reduce los requisitos para librar la orden de aprehensión. El legislador que aprobó la reforma de 1998-99, en una apreciación errónea atribuyo ó creyó encontrar el incremento de la criminalidad en un lugar falso: “en la dogmática jurídico -penal, la cual por el contrario, tiene como finalidad mejorar la impartición de justicia a través de teorías que nos ayudan a establecer qué supuestos de hecho pueden ser considerados como delitos”.¹⁶⁹

Con la reforma de 1993 los jueces negaron con mucha frecuencia las ordenes de aprehensión solicitadas por el Ministerio Público debido a la deficiente integración de la averiguación previa, sea por que no se acreditaban todos los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad o bien porque las pruebas eran insuficientes.

Las resoluciones de los jueces en cuanto a las ordenes de captura, se ajustaban a los parámetros de un Estado de Derecho; pues para este tipo de Estado, la libertad después de la vida, es el bien jurídico tutelado más importante del individuo. Por ello el acto de autoridad de privar de la libertad a un ciudadano debe estar debidamente fundado y motivado, ello se erige como una garantía individual en contra de la arbitrariedad de los órganos del Estado; si en nuestra legislación estaban claramente establecidos cuáles eran los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad que se debían acreditar para detener, consignar y procesar a un ciudadano, entonces los

¹⁶⁸ REGINO, Gabriel. Reflexiones Sobre la Iniciativa de Reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo. Revista Lex Edit. Laguna. 3ª Época Año IV Abril 1998 número 34. p. 16.

¹⁶⁹ DIAZ-ARANDA, Enrique. Detener, consignar y ¿En El Proceso Averiguar?. Revista Criminalia año LXXV, No 1. Edit. Porrúa. México, 1999. p. 50.

jueces actuaban conforme a derecho cuando negaban órdenes de aprehensión a solicitudes basadas en Averiguaciones Previas deficientes.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que como base del ejercicio de la acción penal el Ministerio Público tiene que acreditar “el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado;... y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos

Por cuerpo de delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad...”

De acuerdo a lo establecido en el artículo citado, nos parece que se va a poder detener y consignar con facilidad, pues el Ministerio público únicamente va a requerir acreditar o demostrar durante la Averiguación Previa los elementos objetivos y normativos para poder solicitar y obtener una orden de aprehensión; es decir solo se atiende al tipo objetivo que es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto, penalmente relevante. “Sin embargo el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto ya que en si no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto...Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado *quantum* del injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva”.¹⁷⁰

En cuanto a lo expuesto el Dr. Enrique Díaz-Aranda señala que “en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción para

¹⁷⁰ REGINO, Gabriel. Op. Cit. p. 16.

determinar cuál es el tipo en el que se debe subsumir la conducta o si, por el contrario, ésta es atípica”.¹⁷¹

Lo anterior sucede en tipos con elementos anímico-subjetivos específicos, por ejemplo, el ánimo de apropiación con el robo o el ánimo de lucro en el fraude, los cuales no pueden explicarse atendiendo a juicios estrictamente objetivos sino sólo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos; continuando con la exposición de este tema, nos parece oportuno hacer nuestras las palabras del Dr. Díaz-Aranda al citar el siguiente ejemplo “si Javier a la salida del restaurante donde ha comido toma del perchero la gabardina azul y en ese momento el dueño de la gabardina se da cuenta y llama a la policía quien detiene a Javier; si sólo analizáramos objetivamente la conducta de Javier tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena, pero lo que no sabemos es si el ánimo que guió la conducta de Javier es el de apropiación o sólo el de uso o incluso si realizó su conducta bajo error. En efecto Javier pudo haber tomado la gabardina para quedársela (robo, del art.367 del Código Penal) o si debía ir a su coche por su billetera para pagar la cuenta del restaurante y para evitar mojarse tomó “prestada” la gabardina (robo de uso, del art. 380 del Código Penal), o incluso, si tomó la gabardina creyendo que era suya, pues, como efectivamente se comprueba, en el perchero estaba su gabardina que era idéntica. Queda de manifiesto, pues, que la solución a supuestos como el anterior sólo es posible atendiendo al ánimo que guió la conducta del sujeto activo.”¹⁷²

Por lo tanto bastará con que el Ministerio Público acredite el apoderamiento de un objeto mueble sin derecho para poder consignar al indiciado y sólo necesitará hacer referencia a todo lo demás, es decir, podrá señalar sin probar que se trata de un delito de robo o de un robo de uso según se imagine o, en el mejor de los casos, deduzca de la situación, con ello podrá pasar por alto si el sujeto actuó bajo una causa e justificación o una excluyente de responsabilidad. Lo anterior sólo será materia de prueba en el proceso penal.

Lo anotado con relación al artículo 16 consideramos que resulta aplicable al artículo 19; por tanto consideramos un error exigir que los elementos de la averiguación previa, deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito es decir que se

¹⁷¹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. Dolo. Edit. Porrúa. México, 2000. p. 26

¹⁷² DÍAZ-ARANDA. Op. Cit. p. 27

acrediten los elementos objetivos y normativos y solo se requiere la probable es decir vaga, hipotética conjetural existencia de los elementos subjetivos; es decir el Ministerio Público para lograr el dictado de un auto de formal prisión solo acreditará que el sujeto activo se haya apoderado de una cosa mueble ajena, pero solo aportara datos que indiquen o acrediten que probablemente el autor material actuó con ánimo de dominio.

D) INICIATIVA DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Antes de arribar al examen jurídico del contenido de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, (que se realizara en él capítulo siguiente) consideramos oportuno establecer algunas consideraciones acerca de la iniciativa de Ley de este ordenamiento y de su exposición de motivos; mencionando los puntos de vista de especialistas destacados en torno a este tema.

El Doctor Moisés Moreno Hernández en el Coloquio que tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas a propósito de la reforma Constitucional y penal de 1996, el 17 de mayo de ese año expreso lo siguiente:

“Hay una tendencia, por una parte, a hacer que nuestro sistema de justicia se vaya ajustando cada vez más, al menos en el plano formal, a las exigencias de un sistema de justicia penal propio de un Estado democrático de Derecho, como se ha venido planteando en el ámbito internacional.

Actualmente se sigue planteando la necesidad de contar con un sistema de justicia penal integral en nuestro país, que se ajuste totalmente a las exigencias de un Estado democrático de derecho, existen otras orientaciones, en virtud de otros problemas que se van dando, como es el de la delincuencia organizada, entre otros. Ahí se va sugiriendo, sobre todo por los países del mundo que conforman la Organización de las Naciones Unidas, la conveniencia de adoptar estrategias político-criminales que resulten mas funcionales.

Y por supuesto, ante el planteamiento de esas nuevas estrategias, surge de inmediato el problema de si con ellas nos mantengamos dentro de los márgenes que plantea el Estado de Derecho, el Estado democrático de Derecho, o si nos estamos saliendo de esos márgenes y, consecuentemente, estamos cayendo en los propios de un estado autoritario, de un estado absolutista, independientemente de su eficacia".¹⁷³

La Ley Federal Contra la delincuencia Organizada está constituida por cuatro títulos.

En el primero, en sus disposiciones generales aborda la naturaleza el objeto y el marco de aplicación de la ley. Ofrece, como es natural, la descripción de los rasgos que caracterizan a la delincuencia organizada.

El segundo título ostenta carácter procesal, se abordan cuestiones tales como: la, el secreto y la reserva de las actuaciones durante la averiguación previa, la protección de testigos, las ordenes e cateo y de intervención en los sistemas de comunicación privados, el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, la protección de jueces, peritos, víctimas y otros, y también la protección a delincuentes dispuestos a colaborar con la investigación. Por último, el capítulo segundo, fija un amplio plazo procesal de detención. El juez puede ordenar, a petición del Ministerio Público, el arraigo que no podrá exceder del plazo de noventa días.

El título tercero está dedicado a la valoración de la prueba y el proceso. Finalmente el título cuarto contempla las cuestiones acerca de la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

La LFCDO. presenta aspectos de carácter sustantivo, de carácter material, que se ocupan sobre todo de determinar qué se entiende por delincuencia organizada, de establecer los ámbitos de aplicación de la ley; siendo las medidas de carácter procesal más importantes, porque es ahí donde se establecen las estrategias que permiten, tanto al Ministerio Público como al juzgador ser más eficientes frente a éste problema de la delincuencia organizada.

¹⁷³ MORENO HERNANDEZ, Moisés. Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Revista Criminalia año LXII. No 2. Edit. Porrúa. México 1997. p. 124-125

Entre las medidas que más han resaltado se encuentra la de las intervenciones de medios de comunicación privada, se encuentra también el arraigo previsto ya con anterioridad en el Código Federal de Procedimientos Penales, pero ahora con una nueva concepción y reglamentación en la LFCDO; el aseguramiento y el decomiso de bienes, materia prevista con anterioridad, pero ahora con la modalidad de que procedería el aseguramiento y, en su caso, el decomiso de aquellos bienes que un miembro de la delincuencia organizada no pudiera acreditar su legítima procedencia; tema que ha dado origen a mucha discusión.

Se trata el tema de la protección de testigos, atendiendo a la gravedad que este tipo de hechos implica, pero sobre todo, al peligro que representa para quienes declaran en contra de sujetos involucrados en este tipo de delitos; vinculado con esto se plantea la reserva de identidad de delitos, figura ajena a la tradición jurídica mexicana.

Apenas se conoció la iniciativa de la LFCDO, ésta fue objeto de diversos comentarios análisis y críticas de especialistas; como el Doctor Sergio Garcia Ramírez quien se manifestó de la siguiente manera:

“En el fondo de lo que se trata, es de facilitar la persecución y agravar la sanción de ciertos delitos cometidos por organizaciones formales o informales. Si esto es así, —y así es según parece— habría bastado con remitirse, para esos efectos procesales y sustantivos, a la asociación delictuosa que se aplica en la comisión de aquellos ilícitos. La asociación delictuosa satisface los extremos de la organización criminal; y la remisión a determinados tipos penales satisface la necesidad de salir al paso de estos, precisamente, y no de otros o de todos los previstos en la ley penal.

Con este proyecto aparece, por lo pronto muy concentrado, un nuevo Derecho penal, antes de que se demuestre que el Derecho penal tradicional -al que todavía denominamos liberal, democrático o humanista- es impotente frente a la delincuencia contemporánea, y también antes de que se discuta, tan ampliamente como sea necesario, hasta que punto este ordenamiento penal merma ciertos principios y ciertas garantías que estimamos inherentes al sistema persecutorio del moderno Estado de Derecho.

Podría plantear diversas consideraciones que den cuenta de mi preocupación, que puede ser errónea, insisto en decirlo, probablemente con la no tan secreta esperanza de que quienes sostienen el proyecto de ley admitan que también pudieran estar equivocados. Daré solo dos botones de muestra. Uno de ellos es el abandono del principio de legalidad a favor del principio de oportunidad, en manos del Ministerio Público, que por supuesto condiciona de esta forma las resoluciones jurisdiccionales. Otro es la decadencia del sistema procesal de verdad material o histórica en aras de la verdad formal o, más todavía, convencional. Uno más es la inversión de la carga de la prueba con respecto de bienes del inculpado —e inclusive de terceros—, que se opone frontalmente a la asediada presunción de inocencia.

Algunos sistemas jurídicos arremeten contra determinados principios generales de orden penal o procesal penal, que hasta hoy hemos considerado inherentes al régimen llamado, como dije, liberal, democrático o humanista, y que expresan cierta versión sobre el equilibrio necesario y admisible entre los personajes del tema penal: sociedad, inculpado y ofendido. No sé si ha llegado el momento de mellar, o abolir de plano, esos principios: si es así, valdría la pena abrir francamente la discusión sobre el papel y las nuevas características del régimen penal en su conjunto, para inferir de aquí las novedades que parezcan pertinentes”.¹⁷⁴

1) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“La exposición de motivos señala los antecedentes en nuestra legislación del concepto de delincuencia organizada: “...En México como es sabido, el concepto de delincuencia organizada se introdujo en el año de 1993 con la reforma que la Constitución experimento en su artículo 16, al disponer en el párrafo séptimo que el plazo de la retención de cuarenta y ocho horas, para los casos de flagrancia y urgencia, podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada...El Código Federal de Procedimientos Penales, por su parte, hace referencia a la delincuencia organizada en el artículo 194 bis, únicamente para efectos de duplicar el

¹⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Delincuencia Organizada. Revista Criminalia año LXII. No 2. Edit. Porrúa. México, 1996. pp. 144-148.

plazo de retención de cuarenta y ocho horas en los casos de delitos flagrantes o en los casos urgentes...¹⁷⁵.

El Doctor Ricardo Franco Guzmán quien presidió la Comisión Encargada de crear el concepto de Delincuencia Organizada, menciona: “se estuvo analizando en varias sesiones la conveniencia o no de definirla como delito o simplemente hacer referencia a ella como una forma de comisión de delitos graves... resolvió no crear un tipo delictivo especial para la delincuencia organizada en virtud de que se trataba en realidad, de una forma especial de asociación delictuosa por ello se creó el concepto de delincuencia organizada para el exclusivo objeto de retener a una persona en los casos urgentes y de delito flagrante, por el doble término señalado en el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Federal”.¹⁷⁶

En su exposición de motivos, la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada parte, igual que el Doctor Franco Guzmán en sus comentarios a la mencionada iniciativa; de los antecedentes que ofrece la legislación mexicana sobre la Delincuencia Organizada.

La exposición de motivos entiende a esta forma de delincuencia “como una organización permanente con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados que se agrupan para cometer delitos” y resume la concepción de delincuencia o en los siguientes términos:

En síntesis, nivel internacional se destaca que la delincuencia organizada se identifica por los siguientes atributos: a) No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo); b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres órganos máximos y permanentes de autoridad; c) Limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso; d) Permanencia en el tiempo, más allá de la ida de sus miembros; e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos y aceptados

¹⁷⁵ GARCÍA CORDERO, Fernando. en: Reflexiones Sobre la Iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Revista Criminología. Año LXII. No 2. Edit. Porrúa. México, 1996. p. 165.

¹⁷⁶ FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Citado por GARCÍA CORDERO, Fernando. Ibidem.

para el cumplimiento de sus objetivos; f) Operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores; g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada "industria", y h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir, entre otros.

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.

La exposición de motivos al establecer el estado de la delincuencia Organizada en México, hace alusión principalmente al narcotráfico, secuestro y robo de vehículos, "quedaron fuera de la iniciativa de Ley ilícitos como: hurto u saqueo de objetos y artículos culturales; hurto de bienes intelectuales; secuestro de aeronaves; piratería marítima; delitos informáticos; quiebra fraudulenta entre otros".¹⁷⁷

¹⁷⁷ GARCÍA CORDERO. Op. Cit. p. 171.

CAPITULO CUARTO. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

1) EL TIPO PENAL EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

EL artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece:

Artículo 2º.- 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 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 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, robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones estatales.

La última frase del primer párrafo de este artículo acredita que la delincuencia organizada es un tipo penal autónomo, no una agravante de los delitos cometidos o que se propone cometer la organización criminal, en efecto se sanciona por sí misma -"por ser solo hecho"- y sin referencia a la sanción de los delitos objetivo, la conducta descrita.

El delito de delincuencia organizada tiene carácter doloso, o dicho de otro modo, el sujeto activo siempre actúa con dolo. El artículo 9 del Código Penal Federal establece: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...".

La primera parte del artículo citado presenta una alternativa, deducida de la expresión "o" que desde luego ofrece una disyuntiva utilizada en la frase inicial del precepto: a) que tres o más personas "acuerden organizarse" en cierta forma y para determinados fines o con ciertos resultados; y b) que esas mismas tres o más personas "se organicen" efectivamente en esa forma y con esos objetivos o resultados. En ambos casos, los sujetos serán "sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada..."

Según lo expuesto, basta con que los sujetos lleguen a un acuerdo delictivo para que incurran en el ilícito de delincuencia organizada, independientemente de que luego se organicen o abandonen --por cualquier motivo-- su inicial proyecto delictivo. El mero acuerdo constituye un delito; consecuencia que creemos extrema.

El artículo 3 de la LCFDO establece que: "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 las competentes para conocer de tales delitos...”

En efecto, la investigación, el procesamiento y la punición por órganos federales de los individuos que se organizan para cometer los delitos señalados en la fracción V del artículo 2 de la LCFDO sólo ocurren cuando el M.P.F. ejerce la facultad de atracción que le atribuye el segundo párrafo del artículo 3 ya citado. Pero, ¿qué sucede si el M.P.F. no ejerce la atracción? ¿Sólo se sancionará por los delitos del orden común, o se podrá hacerlo además por delincuencia organizada en el supuesto de que esta figura se encuentre prevista por la ley penal local?

Si se habla de la delincuencia organizada como un delito del orden federal, estamos frente a una situación compleja; habría delitos federales “en potencia” y “en acto”. La delincuencia organizada sería un delito en potencia mientras el M.P.F. no ejerce la facultad de atracción, y se convertiría en un delito actualizado cuando aquél ejerce la facultad que le confiere la LCFDO.

El artículo 3 de la LFDO establece en su primer párrafo que caerá bajo las previsiones de esta ley los delitos a que se refieren las fracciones I a IV del artículo 2 que “que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada”, y que dicho ordenamiento se aplicará en el supuesto de los delitos señalados en la fracción V, si “además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada”, el Ministerio Público Federal ejerce la facultad de atracción.

De acuerdo a lo expuesto es preciso cuestionar, si el delito (terrorismo, narcotráfico, robo de vehículos, etcétera) cometido por un solo miembro de la delincuencia organizada (esto es, por un solo involucrado en el delito de esta naturaleza) implica responsabilidad para todos los miembros de aquella, independientemente de si estén – o no – relacionados con ese delito cometido por uno de ellos. Si estos acordaron la comisión de los delitos –objetivo (que es el propósito de la organización), no surge mayor problema se aplicarán las reglas de la participación delictuosa y se sancionará a todos los participantes. En cambio, difícilmente se podrá atribuir responsabilidad penal a los restantes miembros de la delincuencia organizada por delitos que no acordaron ni son consecuencia de los efectivamente convenidos, en cuya realización no intervinieron y de los que no tuvieron conocimiento en ningún momento.

De lo contrario, la responsabilidad penal y las sanciones revestirían carácter trascendental.

A) PLURALIDAD DE SUJETOS

En la mayoría de los casos, el delito puede ser cometido por una sola persona; el tipo penal no exige concurrencia de varios sujetos. Sin embargo, también hay casos de intervención de varios sujetos; a veces se trata de un requerimiento del tipo penal, que demanda pluralidad activa; y en ocasiones se da la participación de diversas personas en un delito que pudiera ser perpetrado por una sola.

Este tema es de interés para el estudio de la delincuencia organizada que siempre implica la concurrencia de varios sujetos. Empero nuestra legislación penal contiene diversas hipótesis que comprenden la participación de varios sujetos, las cuales, abordamos a continuación.

Coautoría

Es dable cuando concurren dos o más sujetos, a título de sujetos activos del delito, en la producción del resultado típico. Las fracciones I y II del artículo 13 del Código Penal Federal hacen referencia a la autoría única y a la coautoría (material).

Pluralidad requerida por el tipo

Algunas figuras delictivas prevén pluralidad activa; así sucede, por ejemplo en los casos de sedición, motín, coalición de servidores de públicos.

Pluralidad como elemento de calificación

Existen también figuras agravadas, es decir, tipos calificados en función de la pluralidad de agentes; ello sucede en los supuestos de violación “tumultuaria”, homicidio o lesiones con ventaja por el número de acompañantes del agente; privación ilegal de la libertad llevado a cabo por dos o más personas, inducción al despojo que realizan materialmente más de cinco personas.

Asociación delictuosa

La asociación delictuosa (artículo 164 del Código Penal Federal), es una expresión particular de pluralidad activa, es la esencia de la organización criminal, en cuanto contiene los elementos irreductibles de ésta, como son: tres o más personas y la finalidad delictuosa (sin que esa finalidad haga referencia a solamente a determinados delitos).

Puede haber calificativas a la asociación delictuosa. Así sucede cuando en ella participan servidores o exservidores públicos de corporaciones policiales o fuerzas armadas, según lo dispone el artículo citado en su segundo párrafo.

Pandilla

Definida por el artículo 164-Bis como la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito. “En alguna etapa de las preocupaciones públicas por la delincuencia urbana surgió una calificativa definida por la pluralidad de infractores, a saber: la pandilla ... Hay una circunstancia que concurre a agravar esta calificativa y acarrea, por lo mismo, una pena incrementada; se trata de la intervención de servidores o exservidores de una corporación policial”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Nueva Regulación Jurídica Sobre Delincuencia Organizada; en, Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada. Instituto de la Judicatura Federal. México, 1998. p. 14.

Personas colectivas

También es conveniente señalar aquí la responsabilidad penal de las personas morales o colectivas, que los delincuentes organizados suelen utilizar para objetivos criminales.

Organización criminal

Finalmente se desemboca en la organización criminal o delictiva. En la primera etapa de nuestra regulación jurídico-penal a este respecto, la organización se vio como un modo de comisión de delitos. Tal es el concepto constitucional sobre la materia, a partir de la reformas de 1993.

En la segunda etapa, que se inicia en 1996, la delincuencia organizada constituye un tipo penal autónomo, como lo es la asociación delictuosa.

B) DELINCUENCIA ORGANIZADA O AGRAVANTE DE LA ASOCIACIÓN DELICTUOSA.

En este punto examinaremos la posible relación entre la asociación delictuosa y la delincuencia organizada, por lo que apuntamos lo siguiente:

Con la LFCDO se introduce el tipo de delincuencia organizada en forma separada de la asociación delictuosa y sin enlace explícito con ésta; tal es el caso que nos interesa ahora, porque este escenario es el que aparece con el ordenamiento que se estudia.

Hay que aplicar el doble lente de la asociación delictuosa (artículo 164 CPF) y la delincuencia organizada (artículo 2 LFDO) a las conductas que impliquen intervención de tres o más sujetos en un grupo constituido con propósito de delinquir, una vez superada la posibilidad de que la pluralidad constituya –por falta de acuerdo u organización asociativos- un simple supuesto de coparticipación delictuosa.

En cuanto a los rasgos distintivos entre participación y asociación delictuosa, el Doctor Sergio García Ramírez se expresa de la siguiente manera:

La jurisprudencia se ocupó desde hace muchos años en deslindar la asociación de la participación delictuosa. Una antigua resolución de la primera Sala de la suprema Corte de Justicia preciso que:

El solo hecho de que varias personas hayan colaborado en cierta o determinada manera para la comisión de un delito, no implica la existencia de una asociación delictuosa, pues el artículo 164 del Código Penal vigente en el Distrito, requiere la existencia de una verdadera organización, con el propósito de cometer delitos. De aceptarse el criterio de que existe la asociación delictuosa, por la mera cooperación de tres o más individuos en un delito, resultaría que en todos los casos en que se cometiera un delito por tres o más personas podría considerarse demostrada la existencia del delito de asociación delictuosa (SJF, Quinta Época, t. XXXVIII, p. 983, A.R. 14699/32, Betancourt Gregorio, 1° de junio de 1933, unanimidad de 5 votos).

En aquella misma época, la jurisprudencia precisó los rasgos distintivos entre participación y asociación delictuosa, considerando las características de ésta fijadas en la ley y en la interpretación jurisprudencial y doctrinal:

No debe confundirse la cooperación y participación que tomen varios individuos en la comisión de determinado hecho delictuoso, con lo que en realidad es una asociación delictuosa, pues ésta se organiza en banda, tiene un jefe, hay jerarquías y se constituye con objeto de cometer delitos, cuantas veces se presente la oportunidad para ello; así es que no existe ese delito si los acusados se reunieron con el único objeto de cometer un hecho delictuoso, como por ejemplo el asalto a un banco (SJF, Quinta Época, t. LIII, p. 148, A.R. 1233/37, Pantoja Morán José, 3 de julio de 1937, unanimidad de 5 votos).

Se hizo ver que:

La asociación delictuosa, cosa diferente a la coparticipación, tiene los elementos opuestos a ésta; hay unión asociada de miembros, pero éstos no se proponen cometer un cierto delito *in actu*, sino que persiguen cometer *in potentia* los delitos que después convenga realizar a la banda; al asociarse (momento consumativo del delito) deciden estar prestos abstracta e indeterminadamente a delinquir y cuando en lo futuro se presente ocasión propicia o conveniente, cometerán (en coparticipación) determinados delitos concretos e individualizados y cuya consumación será posterior al de asociación delictuosa. Además, la coparticipación comienza con los actos de ejecución del delito y la asociación delictuosa se integra con el solo convenio asociacionista, sin ningún acto ejecutivo; es siempre un delito de peligro. Sintetizando lo anterior: en la coparticipación hay concierto transitorio o duradero para cometer ciertos concretos y determinados delitos o delitos acompañados de inmediato de actos de ejecución de los mismos. En la asociación delictuosa hay acuerdo siempre estable y permanente para cometer delitos; pero considerándose a éstos, al momento de asociarse, en forma abstracta e indeterminada, razón por la que no requiere actos inmediatos de ejecución (A.D. 5963/62, Manuel Martínez Castro, 28 de octubre de 1964, 5 votos, ponente: Manuel Rivera Silva; la misma tesis: A.D. 114/62, Carlos Carrillo Aguirre, 28 de octubre 1964, 5 votos; A.D. 816/62, Antonio Pérez Soto, 28 de octubre de 1964, 5 votos).

Algunos ordenamientos penales recientes, han aprovechado la elaboración jurisprudencial y doctrinal de la figura en estudio y han avanzado en la descripción respectiva. Es así que el Código Penal de Morelos, de 1996, precisa: "Cuando tres o más personas integren una asociación formal o informal con la finalidad de cometer delitos, de manera permanente o transitoria, y no se trate de simple participación delictuosa, se impondrán a los integrantes...". El mismo precepto añade: "Cuando la organización delictuosa incurra en los delitos considerados como graves por la ley, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte" (artículo 244).

En este último supuesto ya nos encontramos, de plano, en el espacio de la delincuencia organizada que cobra autonomía en función de la naturaleza de los delitos

a los que se dirige la actividad de los asociados; sin embargo, hay que tomar en cuenta la diferencia que fija este artículo, por cuanto la asociación delictuosa considera la mera existencia de una sociedad, en tanto “la delincuencia organizada contempla que la organización “incurra” en delitos graves, hipótesis en la que se podrá incrementar la sanción aplicable. Por ende, la delincuencia organizada deviene calificativa de la asociación, no tipo autónomo, sólo cuando ésta realice efectivamente aquellas conductas punibles”.¹⁷⁹

Una vez superado el problema planteado, en estos casos, antes ejercitar acción penal por asociación delictuosa será necesario precisar si el grupo se proponía cometer alguno de los delitos considerados en la segunda parte del artículo 2 LFCDO, pues si esto es lo que se acredita, la acción deberá ejercitarse por delincuencia organizada cuando también se satisfagan los otros extremos del tipo correspondiente. Si los inculpados no llegaron a organizarse, sino sólo acordaron hacerlo, no se aplicaría el artículo 164 CPF, sino el artículo 2 LFCDO, siempre que los sujetos hubieran acordado organizarse para cometer cualquiera de los delitos establecidos por este último numeral.

2) FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA INVESTIGACIÓN CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

A) REGLAS GENERALES

1) EL ORGANO INVESTIGADOR

En la ley se prevé (artículo 8), que la Procuraduría General de la República debe contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, la ley dice que esta unidad deberá estar integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados

¹⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ Sergio. Delincuencia Organizada. Edit. Porrúa. México, 1997. pp. 20-22.

por agentes de la Policía Judicial Federal, Peritos y un cuerpo técnico de control, esencialmente para las intervenciones de comunicaciones privadas, para determinar las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar, así como la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos. El ordenamiento en estudio, remite al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para que se establezcan los perfiles y requisitos que deben satisfacer los servidores públicos que integren la unidad, para asegurara un alto nivel profesional.

Como advertimos no se trata de otra cosa mas que de la creación de una unidad o de órgano y el señalamiento de quienes lo integran; además, si es un órgano de investigación de delitos, es obvio que lo integren agentes del Ministerio Público, agentes de la Policía Judicial Federal, y Peritos.

En esencia, creación de un órgano y señalamiento de sus integrantes, quienes deben tener el perfil que establezca el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Es indudable que en el reglamento citado podría haberse previsto todo lo que se ha indicado, creando por ejemplo una subprocuraduría especializada para combatir la delincuencia organizada.

En la ley se delimita que al mencionarse el Ministerio Público de la Federación, se entiende que sólo se refiere a la unidad especializada, lo que tiene como finalidad excluir a cualquier otro servidor público que no pertenezca a esa unidad.

Es importante destacar que el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de General de la República establece que el Ministerio Público de la Federación contará con Unidades Especializadas, que podrán actuar en todo el territorio nacional, para la persecución de los géneros de delitos que, conforme a las clasificaciones del Código Penal Federal y los que se deriven de otras leyes federales, se determine encomendarse a dichas unidades.

El artículo 19 Bis del Reglamento de la Ley antes mencionada, dispone que la Unidad Especializada en delincuencia Organizada tendrá las atribuciones que le confiere la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley Orgánica de la Procuraduría de General de la República y las demás disposiciones aplicables.

ARRAIGO

Otra de las facultades que tiene el Ministerio Público, de acuerdo al ordenamiento que se examina corresponde al capítulo segundo de la ley, integrado por un solo artículo (12), que se denomina “De la detención y retención de indiciados”. No obstante ello, el artículo no se refiere, ni a la detención, ni a la retención. Recordemos que la detención, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, es la que realiza en caso de delito flagrante cualquier persona o la que ordena el Ministerio Público en casos urgentes, cuando se trate de delito grave y se cumplan otros requisitos; la retención, conforme al mismo ordenamiento constitucional es la facultad del Ministerio Público, previa detención, para tener a su disposición a una persona por 48 horas o el doble de este plazo en caso de delincuencia organizada. Estos son los conceptos constitucionales de detención y de retención, ahora veamos lo que dice el precepto de la ley en estudio acerca de lo que se denomina de la detención y retención.

Anteriormente el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se refería al arraigo como una limitación o restricción al tránsito, que permitía al arraigado circular en un ámbito territorial más o menos amplio, pero que no implicaba la privación de su libertad; es decir se manejaba la figura del arraigo como ésta se ha entendido siempre; además el citado numeral establecía la duración del arraigo por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público.

El artículo mencionado fue reformado o reelaborado, para ser “congruente” con lo que dispone en la LFCDO en su artículo 12, pues este ordenamiento entiende al arraigo de una manera más estricta y diferente de la acostumbrada; así las cosas, mediante la referida reforma publicada el 8 de febrero de 1999 la norma procesal

dispone hoy que el juzgador, a requerimiento del Ministerio Público, podrá “decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia...”.

Con variantes, una de carácter temporal, el mencionado artículo 12 tiene similitudes con el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. El precepto hace referencia a que previa solicitud del Ministerio Público, el juez podrá dictar el arraigo de una persona, precisando lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad y por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación sin que exceda de noventa días; conforme al código procesal, el plazo no podrá exceder de treinta días en caso de arraigo y sesenta días en la hipótesis de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica (referencias temporales producto también de la reforma de 1999); en la ley, dicho plazo se aumenta a 90 días.

Además existe otra diferencia al comparar los preceptos del código y la ley, pues surge la duda de que si es con intención o por omisión, que en tanto en el código se establece que “cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse”, en la ley no se prevé tal derecho; ¿ habrá obligación o no de oírse al indiciado o atender su petición?; si el código federal precisa tal obligación y la ley no lo menciona, tal parece que no es así. En la parte final del artículo de la ley, se señala que el arraigo tiene como objeto “que el afectado participe en la aclaración de los hechos”, pero no se le pide opinión, no se le escucha, no se le otorga la garantía de audiencia respecto a la procedencia o no del arraigo.

El artículo 12 tiene una frase *—ya mencionada en el párrafo anterior—* expresada en los siguientes términos textuales: “...que el afectado participe en la aclaración de los hechos...” según el citado numeral este es el objeto del arraigo pero, que pasa si el afectado o indiciado se niega a “participar” ó “cooperar” para que se aclaren “...los hechos que se le imputan, y pueda abreviarse el tiempo del arraigo...”, si esto pasa, el arraigo debe concluir?. Evidentemente no, ya que el Ministerio Público Federal puede prolongarlo hasta noventa días por disposición de la ley.

Como los hechos lo han demostrado, sabemos que el arraigo no suele ocurrir en el domicilio del arraigado, sino en algún lugar señalado por el Ministerio Público en la "solicitud"-según dispone el artículo 12 de la LFCDO- el arraigo suele llevarse a cabo en lugares destinados para ese fin por el Ministerio Público e incluso en cuartos de hotel. Anteriormente -recordemos- estos sitios eran vistos con grande y grave preocupación; se trataba de "casas de seguridad" de la policía; existían al margen de la ley. Hoy son parte de una práctica legalizada.

En cuanto a la figura que se examina, el Dr. Juventino Castro y Castro, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha manifestado en los términos siguientes:

"...El Ministerio Público Federal o local solicitan ese recurso ante un juez porque aún no reúnen los suficientes elementos de prueba para acusar formalmente. ¿y que pasa si se equivocan? ¿Quién va a pagar las consecuencias del encierro?.

...En México existe una grave tendencia a copiar todo lo que hacen en Estados Unidos y no siempre resulta ser lo más adecuado para nuestra realidad.

...En México, por lo pronto, no existe como forma para impedir la libertad, para aprehender a alguien por sospechoso, de acuerdo con la Constitución..."¹⁸⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que se refiere a la procedencia de la suspensión en contra del arraigo ha resuelto lo siguiente:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario oficial de la federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio

¹⁸⁰ CASTRO Y CASTRO, Juventino. Entrevista concedida al periódico Reforma, publicada el 29 de octubre de 1999, en la 1ª Sección, Nacional. p. 18

bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130,136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.

Primera Sala Novena Época -Materia Penal, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; volumen XI Noviembre 1999 Página:55.

Nos parece que la figura del arraigo contraviene lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, en la parte donde establece: “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada....”

Producto también de la reforma de 1999 se anexa o adiciona un párrafo final al artículo 178 del Código Penal Federal que penaliza la insumisión al arraigo. Al respecto establece: “al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa”. Al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez se pronuncia en los términos siguientes: “El abusivo desacierto es patente, sobre todo si se recuerda que la ley penal mantiene a salvo de punición --conforme a una idea clásica, que tiene un amplio sustento-- la simple evasión de preso”.¹⁸¹

“Como puede apreciarse, la ley suprema únicamente permite dos alternativas, la primera es poner en libertad al indiciado y la segunda es ponerlo a disposición del juzgador, sin que permita una tercera, la de dictar su arraigo, y sobre todo, con la necesidad de prolongar el término, hasta por sesenta días, y con base únicamente en una ley secundaria, misma que rebasa los términos establecidos en la forma señalada, de manera expresa, por la Carta Magna.”¹⁸²

¹⁸¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Delincuencia Organizada. Edit. Porrúa. 2ª edición. México 2000. p. 180.

¹⁸² ESCOBAR AUBERT, Luis. Procedencia Del Juicio De Amparo En Contra Del Arraigo Domiciliario. Revista Lex Edit. Laguna. 3ª Tercera Época Año V Agosto 1999 Número 50. México. p. 44.

Al respecto, Marco Antonio Díaz de León estima, que: “el arraigo es una medida cautelar, en razón de la investigación de un hecho delictivo; que las medidas de aseguramiento en los procedimientos penales pueden ser de carácter personal, para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena, pero cabe hacer notar, que aun cuando expresa la conveniencia práctica de la medida, no por ello establece su constitucionalidad, misma que en todo caso es insostenible”.¹⁸³

2) INVESTIGACIÓN COMPARTIDA

De acuerdo al artículo 21 constitucional corresponde solamente al Ministerio Público, auxiliado por la policía judicial, investigar los delitos a través de la averiguación previa y ejercitar la acción penal.

La Constitución, que es la norma fundamental, diseña por una parte, el tipo de Estado que es el mexicano y, por otra, establece los lineamientos, principios y criterios fundamentales que rigen tanto la política criminal como el sistema de justicia penal del Estado Mexicano.

“Conforme a los artículos 21 y 102 de la Constitución General de la República, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, a quien, por tanto, corresponde: la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal, solicitar las órdenes de aprehensión contra los probables responsables, buscar y presentar las pruebas que acreditan su responsabilidad, etcétera”.¹⁸⁴

Lo expuesto anteriormente, nos pareció importante apuntarlo a propósito de la extraña disposición –dice el Doctor García Ramírez-, del artículo 9 de la LFCDO. que establece: “Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con

¹⁸³ DIAZ DE LEON; Marco Antonio. Citado por, ESCOBAR AUBERT; Luis Op. Cit. p.44

¹⁸⁴ MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS; Organización y Funcionamiento del Ministerio Público; en, Justicia y Sociedad U.N.A.M. México, 1994. pp 302 y 307.

recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...”

No parece inadmisibles que se obligue al M.P. a coordinarse con otra autoridad para llevar adelante, conjuntamente, determinada averiguación, es decir para preparar en común el ejercicio de la acción penal, ésta situación ignora que sólo al M.P. corresponde la investigación y persecución de los delitos.

Una cosa es que la Secretaría de Hacienda tenga atribuciones para formular querrela en determinadas hipótesis de operación con recursos de procedencia ilícita, que pueda suministrar datos por las atribuciones que ejerce sobre el sistema financiero ó que tenga interés institucional de conocer situaciones que afectan la recaudación fiscal, situación distinta es que la averiguación previa de todos estos delitos se deba hacer en forma coordinada por el M.P. y la S.H.C.P.

El segundo párrafo del precepto en comento establece que los requerimientos del M.P. o de la autoridad judicial sobre información de los sistemas bancario y financiero “se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda”. Esta disposición parece razonable, en cuanto establece un principio de orden para la obtención de elementos probatorios, pero de igual forma restringe la potestad del M.P. y del propio juzgador de solicitar y obtener auxilio de cualquier autoridad o particular que pueda brindarlo es decir; no podrían requerir directamente a quienes puedan informar sobre el asunto que interesa a la procuración o administración de la justicia.

B) RESERVA DE LAS ACTUACIONES EN LA AVERIGUACION PREVIA

EL artículo 13, de la ley, limita el acceso a las actuaciones de averiguación previa por los delitos a que se refiere la ley, exclusivamente al indiciado y su defensor y únicamente con relación a los hechos que se le imputan, por lo que deberá guardarse la mayor reserva respecto a la averiguación, previéndose que las actuaciones carecen de valor probatorio si es negado el acceso a las mismas al indiciado.

El Párrafo segundo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, desde 1994 reglamenta la reserva de las actuaciones, es más, lo hace con mayor garantía, porque además impone la sujeción a procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, al servidor público que quebrante esa reserva; el sigilo de las actuaciones para el éxito de la investigación, también está previsto en los artículos 104 y 105 del código procesal mencionado. Por otra parte, la obligación de hacer del conocimiento del indiciado las actuaciones, se encuentra regulada en el artículo 128, fracción III, inciso d), del ordenamiento legal citado, reglamentaria de las fracciones VII y IX del artículo 20 constitucional. Por lo tanto, resulta ocioso, por lo menos en este aspecto, expedir una ley para reproducir preceptos legales, contenidos en el Código Federal de Procedimientos.

La diferencia grave que surge, es en cuanto a la posibilidad de tener que separar y enseñarle a un indiciado, la mitad de un expediente o un número de fojas y otros no.

C) ORDENES DE CATEO E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES

ORDENES DE CATEO

El artículo 15 de la ley, único que se refiere a las órdenes de cateo, sólo hace referencia al término para resolver, al precisar que la solicitud del Ministerio Público debe acordarse por el juez de distrito dentro de las 12 horas siguientes, en que caso de

no resolver el Ministerio Público podrá recurrir al tribunal unitario de circuito para que éste resuelva, recurrir dice la ley, debería decir acudir, porque después precisamente establece el recurso de apelación, entonces no es que recurra al tribunal unitario sino que acuda al tribunal unitario; señala la ley que el auto que niega el cateo es apelable, ahora sí, recurre ante el tribunal unitario para que éste resuelva en un plazo de 48 horas.

El código señala que los cateos deberán realizarse entre las seis y las dieciocho horas; dada la brevedad del plazo para resolver respecto a la procedencia del cateo en los términos de la ley, o sea doce horas, considerando también la urgencia de tal medida tratándose de delincuencia organizada, puede argumentarse que no existe un horario para la práctica de estos cateos, en razón de que es una ley especial, que no señala horario, además, si se trata de una ley especial, debe aplicarse ésta y no el Código Federal de Procedimientos Penales que sí señala un horario. Por otra parte debemos tomar en cuenta que, el código procesal mencionado es de aplicación supletoria a la Ley que se examina, según lo dispuesto por el artículo 7 del ordenamiento antes aludido; y, todavía un argumento más, para concluir que no resulta aplicable el código en la parte que fija horario, es que el artículo 65 del código precisa que en caso de urgencia los cateos podrán practicarse a cualquier hora. Por lo tanto lo anterior representa otro problema a resolver, si los cateos, tratándose de la aplicación de la Ley que se examina, están o no sujetos a un horario. Atendiendo a la forma y términos en que está reglamentado el recurso de apelación en el Código Federal de Procedimientos Penales, resulta inadecuado resolver este recurso dentro del término de 48 horas en el caso que se niegue el cateo por el juez, como lo señala la ley, por lo tanto, mientras no existan disposiciones que reglamenten el recurso, cada tribunal unitario tendrá que implementar un trámite en la forma que estime pertinente a fin de resolver precisamente en 48 horas.

El párrafo cuarto del artículo 15 de la Ley hace alusión a la orden de aprehensión al establecer que el juez al librar aquella, también autorizara el cateo, si le es solicitado --naturalmente, ¿qué el juez libra la orden de cateo si no hay solicitud?-- por el Ministerio Público de la Federación, debiendo especificar el domicilio del probable responsable o el de su posible ubicación o bien el lugar que deba catearse, satisfaciendo en todo caso los requisitos previstos en el artículo 16 constitucional.

Concluyendo, en cuanto al cateo, el examen del artículo nos lleva a lo siguiente: lo único que señala la ley es el término para acordarlo, en su caso, la opción de acudir al tribunal unitario para que resuelva la procedencia de la apelación contra el auto que lo

niega y el término para resolver este recurso. Es todo lo que señala la ley, una referencia de carácter temporal y creación de un recurso.

Para determinar la forma y términos de la solicitud del cateo, los requisitos, la práctica del mismo, deberá acudirse a los artículos 61 y siguientes del Código federal de Procedimientos Penales.

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES

Artículo 16

En 1996 se reformo nuevamente el artículo 16 de la Constitución y se introdujeron dos nuevos párrafos, el noveno y el décimo que establecen lo siguiente:

“... Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

Como ya mencionamos en el tercer capítulo, la primera parte del párrafo establece, como regla general, el carácter inviolable de cualquier tipo de comunicación privada, dentro de las cuales quedan incluidas las telefónicas y radiotelefónicas,-

mencionadas expresamente en la exposición de motivos-. sin embargo dicho reconocimiento se realizó con el fin de limitar, posteriormente, su goce, lo cual constituye un contrasentido, pues resulta absurdo que primero se reconozcan los derechos para limitarlos posteriormente.

La reglamentación de la reforma al artículo 16 constitucional con relación a las comunicaciones privadas, está contenida en los artículos 16 a 28 de la ley. “La inviolabilidad de las comunicaciones privadas forma parte del derecho a la intimidad o a la privacidad, que ya se encontraba implícito en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, en cuanto prevé la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia...”¹⁸⁵

Recordemos que antes de la reforma de 1993, la disposición constitucional que se comenta establecía la inviolabilidad de la correspondencia y que los códigos penales tipificaban como delito, la intervención de las líneas telefónicas y la violación de correspondencia.

Al margen de que esta garantía existía, es una autentica paradoja que, con el propósito de reglamentar la intervención de las comunicaciones privadas, se creó como garantía individual, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones; se creó un derecho, para poder limitarlo.

Una vez realizadas las precisiones anteriores cuya anotación nos pareció oportuna, pasamos entonces, al examen de los artículos de la ley que se comenta y que hacen referencia al tema que nos ocupa.

Solicitud de la intervención

La intervención de las comunicaciones privadas sólo puede efectuarse--según dispone el artículo 16 de la ley- previa solicitud, por escrito, suscrita por el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se ha hecho

¹⁸⁵ OVALLE FAVELA, José. en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada. T. I. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas y Consejo de la Judicatura Federal. México, 1997. p. 186.

referencia, la solicitud debe ser debidamente motivada y se presenta ante el juez de Distrito.

Requisito esencial de procedencia

Es necesario que con la solicitud se acompañen los elementos suficientes para el efecto de considerar que existen indicios que hagan presumir fundadamente, que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada (artículo 16).

Recibida la solicitud por el juez, éste tendrá que cuestionar lo siguiente: ¿se requiere que existan los indicios necesarios para el efecto de considerar que esta acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad?, tal vez si, porque de otra forma, ¿cómo podrá el juez considerar que existen indicios suficientes que hagan presumir, que en los delitos que apenas se están investigando, se presume que participa algún miembro de la delincuencia organizada?, o bien, tendrá que admitirse que aun cuando el señalamiento todavía no sea suficiente para el efecto de que en contra de ese indiciado proceda librar orden de aprehensión, ya se presume que es miembro de la delincuencia organizada. Esta valoración tendrá que hacerse con cuidado extremo, porque no se deja de reconocer, la necesidad de combatir a la delincuencia organizada.

No se trata de intervenir con fines inquisitivos, deben existir indicios, de que se han cometido hechos delictuosos, lo que hace necesaria la intervención para corroborar esos indicios ya existentes, por ello deberá precisarse cuales son los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

Prohibición expresa de intervención

No podrá autorizarse la intervención 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 17).

Hubiera sido preferible, en lugar de señalar en que casos no procede, indicar que la intervención de las comunicaciones privadas sólo procede en el caso de investigación de los delitos a que se refiere la ley que nos ocupa; de lo contrario el casuismo de la ley, da origen a muchas confusiones, si se desglosan las materias civil y mercantil; debió

precisarse también la materia familiar, para no dar lugar a considerar que en dicha materia sí puede haber intervención.

Objeto de la intervención

Puede ser objeto de intervención, cualquier clase de comunicación privada; de nuevo la ley es casuística y señala que se pueden intervenir las comunicaciones 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, pero por si se olvido de algo, la ley menciona; así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación, esto último que carece de contenido que abarca todo y no incluye nada (artículo 16 último párrafo).

El propósito de no excluir ninguna forma de comunicación es evidente, pero hubiera sido mejor en todo caso ser mas general y no casuístico; por si alguna faltaba, se menciona que también se puede intervenir cualquier medio o forma que permita la comunicación.

Persona cuya comunicación será intervenida

Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas y respecto a las cuales, se requiere la intervención en sus comunicaciones privadas, 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 (artículo 16 segundo párrafo).

Perito que participa en la intervención

Siendo de la responsabilidad exclusiva del Ministerio Público la intervención, para el debido control y resguardo de la garantía tutelada, en la solicitud deberá precisarse que persona tendrá a su cargo el servicio específico que se realizará.

Acuerdo de la intervención

La intervención deberá estar sujeta a un término, que de acuerdo con las circunstancias, será el prudente para lograr recabar la información requerida en su caso, podrá ser objeto de prórroga, pero no podrá exceder de seis meses incluyendo la prórroga. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse intervenciones cuando el Ministerio Público de la Federación acredite nuevos elementos que así lo justifiquen. (artículo. 18).

De acuerdo al artículo 18, el juez de Distrito deberá resolver si existen 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 elementos probatorios.

El juez deberá acordar respecto de la solicitud dentro de las doce horas siguientes a su recepción (artículo 17), urgencia extrema, para después conceder la intervención por seis meses; en tanto que el juez tiene doce horas para resolver, la intervención, el juez tendrá que determinar las características de la misma, sus modalidades y límites, los lugares que serán vigilados y el periodo de intervención (artículo 18).

La prórroga de la intervención debe ser solicitada por lo menos dos días antes de su vencimiento y el juez resolver dentro de las doce horas siguientes a la solicitud.

En caso de negarse la autorización o la prórroga, procede el recurso de apelación que debe resolverse en un plazo no mayor de 48 horas. La negativa de la prórroga hace concluir la intervención autorizada, debiendo levantarse acta y rendirse informe complementario.

En caso de que el juez no resuelva respecto de la autorización o la prórroga, el Ministerio Público Federal podrá "recurrir" dice la ley, debería decir "acudir" ante el tribunal unitario, para que éste resuelva en un plazo igual.

Conclusión de la intervención

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22, al terminar la intervención de las comunicaciones privadas, debe rendirse un informe al juez de Distrito, transcribirse las grabaciones de interés para la averiguación, cotejarse en presencia del personal del cuerpo técnico e identificarse debidamente los documentos, objetos y cintas de audio o video, numerándolas progresivamente y quedando bajo la custodia y resguardo del Ministerio Público.

Al iniciarse el proceso, las cintas deberán ser entregadas al juez de Distrito, quien las pondrá a disposición del inculpado para que las vea o escuche en un periodo de diez días. En diez días, hipotéticamente va a escuchar las grabaciones de seis meses, y una vez que hace esto el indiciado o su defensor harán las observaciones pertinentes, solicitar la destrucción de las no relevantes y la transcripción de las que estime conducentes para su defensa. (artículo 23).

Destrucción de las cintas

Al resolver el no ejercicio de la acción penal y una vez transcurrido el plazo legal para impugnarlo sin que ello suceda, por reserva de la averiguación, que dicha averiguación no hubiera sido consignada y haya transcurrido el plazo de la prescripción, las cintas se pondrán a disposición del juez de distrito. quien ordenará su destrucción en presencia del Ministerio Público de la Federación. (artículo 24).

Información diversa a la investigada

Si la intervención lleva al conocimiento de hechos distintos a los que pretenden probarse, sólo pueden ser utilizados como medios de prueba, si se refieren al sujeto investigado y a los delitos referidos en la ley. Parece que esto es muy correcto, pero veamos mas adelante. En caso de referirse a persona distinta, se podrán utilizar en el procedimiento que se autorizó, de lo contrario, se iniciará la averiguación previa o se pondrán en conocimiento de las autoridades competentes esos hechos; esto último implica en realidad implica una -auténtica- denuncia de hechos para iniciar una averiguación previa (artículo 21).

Con motivo de la escucha de una conversación, de una comunicación, se reciben otros hechos, entonces el Ministerio Público empieza a investigar o a denunciar la averiguación, estamos de acuerdo que todos los delitos deben investigarse, pero tal vez la forma y términos en que se propone, es muy discutible.

Valor de la intervención

La intervención recabada en contravención a las disposiciones legales, carece de valor probatorio, la realizada conforme a la ley se valorará prudentemente por el juez (artículo 18 párrafo *in fine*).

La intervención de las comunicaciones privadas sin autorización judicial o, no guardar la debida reserva sobre el contenido de las mismas, hace incurrir en responsabilidad al servidor público que será sancionado con prisión de 6 a 12 años (artículo 28).

D) ASEGURAMIENTO DE BIENES.

El aseguramiento de bienes desde el punto de vista procesal, “es una medida cautelar que decreta el Ministerio Público, de inmediato, para impedir que se oculten, deformen, o pierdan los objetos relacionados con el delito y que son indispensables para el ejercicio de la acción y para el procedimiento penal”.¹⁸⁶

La reforma de 1999 agregó un tercer párrafo al artículo 22 de la Constitución; con esta modificación se pueden deslindar dos asuntos. El primero, que se refiere al llamado “abandono” de bienes, atañe a los procedimientos penales en general, independientemente del delito real o supuestamente cometido por los inculpados. El segundo se relaciona única y exclusivamente con los procedimientos en torno a la

¹⁸⁶ VELASCO FÉLIX, Guillermo. Algunos Aspectos Adjetivos De La ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; en, Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada. Instituto de la Judicatura Federal México 1998. p. 106.

delincuencia organizada, y en este sentido guarda relación con prevenciones sobre el mismo tema en el segundo párrafo del artículo 22 sin confundirse con ellas.

La primera oración del tercer párrafo señala: “No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables”. Aquí rigen dos condiciones; que se trate de bienes “asegurados”, por una parte, y que éstos “causen abandono” conforme a disposiciones legales, por la otra.

La alusión al aseguramiento implica que ciertos bienes, que normalmente se hallarían a disposición de su dueño o poseedor, o de otras personas por decisión de aquellos, quedan sustraídos a esta disponibilidad y sujetos a la autoridad del Estado con el propósito de atender determinadas finalidades: preservar la materia de la ejecución, garantizar una reparación, inmovilizar objetos, etcétera. Regularmente, el aseguramiento es temporal y está condicionado a la decisión que resuelva, en definitiva, el destino de los bienes.

“Por ello en la especie aparecen tres actos de autoridad, por lo menos: el que dispone el aseguramiento, el que encomienda el bien al cuidado de cierto órgano o persona y fija el marco para su desempeño, y el que dispone la titularidad final y el destino del objeto.”¹⁸⁷

En el artículo 22 de la constitución existen tres referencias al tema que en este momento nos interesa y que son las siguientes:

a) La primera referencia constitucional, contenida en el segundo párrafo del artículo 22 que atañe a los casos en que existió proceso por delincuencia organizada, que culminó en sentencia condenatoria; la afectación corresponde a bienes cuyo propietario es el propio sentenciado, o a aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, sino acredita la legítima procedencia de los mismos.

¹⁸⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Delincuencia Organizada. Edit. Porrúa. 2ª edición. México, 2000. p. 81.

b) La segunda referencia constitucional aparece formulada así en el tercer párrafo del artículo 22: “La autoridad resolverá que se apliquen a 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”. Esta es una disposición esencialmente sancionatoria, aun cuando no exista ilícito alguno que se pudiera relacionar precisamente con esos bienes, e incluso –en muchos casos; así lo permite la norma- con alguna responsabilidad delictuosa del desposeído.

c) La tercera referencia constitucional se encuentra al concluir el tercer párrafo como sigue: “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 delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado 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”. Aquí nos encontramos ante la presencia de una norma esencialmente –aunque no exclusivamente- procesal que hace referencia al método para arribar a la aplicación de los bienes a favor del Estado.

En la iniciativa de reforma constitucional de 1997 se sostuvo que este régimen no tiene carácter penal; y se manifestó lo siguiente: “Es importante precisar que esta nueva figura es distinta e independiente de la responsabilidad penal. No se trata de una pena que se imponga al delincuente por la comisión de un delito, ya que para ello existe el decomiso. Más bien se trata de una acción de que dispone el Estado para que, una vez demostrada la relación causa efecto entre el bien y los elementos objetivos del delito, se transfiera su propiedad en beneficio de la colectividad”.¹⁸⁸

Desde luego lo expuesto en la iniciativa no tiene el mayor sustento, pues la figura que se estudia descansa en una serie de supuestos que hacen referencia directa a la materia penal; a tal punto que en ésta y no fuera de ella, se localizan sus fundamentos, además de que la privación de bienes es, en sí misma, una medida

¹⁸⁸ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas a los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 9 de diciembre de 1997; en, Información Legislativa. Instituto de la Judicatura Federal, Volumen 4. No. 1. enero-marzo de 1999. p. 39.

ancionatoria. Difícilmente se hallaría diferencia entre esa privación y un decomiso. El vínculo penal de la figura en examen resulta de que el aseguramiento se hizo con motivo de un procedimiento penal y de que se acreditó plenamente el cuerpo del delito de delincuencia organizada.

La referencia a la materia penal se asocia precisamente con delincuencia organizada: en un lugar se habla de investigación o proceso que se sigan “por delitos de delincuencia organizada”, y en otro se menciona la comprobación plena del “cuerpo del delito previsto por la ley como delincuencia organizada”. En suma, ningún procedimiento por delito que no sea delincuencia organizada desencadena esta medida.

El precepto que se analiza previene que la aplicación de bienes a favor del Estado ocurrirá “cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, si que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados”. Lo que entonces significa, que la resolución conclusiva de la averiguación (el ejercicio o el no ejercicio de la acción) nada dijeron sobre los bienes asegurados, o que nada dijo sobre ellos la sentencia judicial que se dicta al concluir el proceso judicial (absolución o condena ya sea en primera o segunda instancia).

Del tercer párrafo se deducen tres posibilidades reales: 1) que no hubo ejercicio de la acción (porque si la hubo, los bienes quedarán sujetos al pronunciamiento judicial) y en la determinación correspondiente nada se dijo sobre los bienes asegurados, no obstante que el no ejercicio implicaría –normalmente- la devolución de éstos al pleno derecho del propietario; 2) que hubo sentencia condenatoria (que debió resolver sobre los bienes que se hallaban a disposición del juez, vinculados a la causa), pero ésta no dispuso sobre tales bienes, sea para decomisarlos, sea para liberarlos; y 3) que hubo sentencia absolutoria, pero ésta guardó silencio acerca de los bienes asegurados.

El tercer párrafo en seguida, señala: “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 delincuencia organizada”. Examinemos esta última frase que parece remitir a un nuevo juicio la acreditación plena del cuerpo del delito que indudablemente debió ser tema del juicio anterior en el que se dictó sentencia sin disponer el destino de los bienes asegurados. Entonces, ¿no se toma en cuenta lo establecido en el proceso anterior? El nuevo juez, ¿se convierte en tribunal penal sobre

los hechos ya conocidos por el primero? Si en el primer procedimiento judicial se consideró que no estaba acreditado el cuerpo del delito, ¿el segundo podrá resolver otra cosa? Si así fuera, esta resolución judicial –contradictoria de una sentencia previa, e incluso violatoria del principio *non bis in idem*- ¿podrá tener otros alcances, además de la aplicación de bienes?.

El artículo 29 de la LFDO establece:

“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 aquellos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento”.

Este precepto está relacionado con el último párrafo del artículo 4° del ordenamiento antes citado, en el que se establecen las penas por los delitos que en esta ley se enuncia y que, como pena accesoria dispone que además “se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de los bienes”.

Como se advierte, el precepto en comento siempre atento a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 22 de la Constitución –que previamente estudiamos-, establece que la autoridad judicial autorice el aseguramiento de bienes por parte del Ministerio Público Federal en los casos que se considere existen indicios que hagan presumir con fundamento --facultad discrecional siempre muy discutible-- que una persona es miembro de la delincuencia organizada. Posibilidad que se extiende a los bienes sobre los cuales el “presunto” se conduzca como dueño; desde luego dejando a cargo de los legítimos propietarios el acreditar la procedencia lícita del patrimonio asegurado.

El artículo 30 versa sobre el mismo tema que el 29 con la única variante de que ahora existe la certeza de que la persona es miembro de la delincuencia organizada por

lo que toca al aseguramiento de bienes sigue las reglas establecidas en el dispositivo anterior.

El aseguramiento de bienes a que se refiere esta ley, podrá realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso; según dispone el artículo 31.

Pero si el Ministerio Público procede al aseguramiento de bienes en el proceso, sigue actuando como autoridad?, siendo que ese carácter lo tuvo en la etapa de la averiguación previa, además debemos pensar que si actúa de esa manera la averiguación permanece abierta?; por lo tanto entonces no es una parte en el proceso?.

Si el M.P. consideró suficientes las pruebas reunidas para ejercitar la acción penal, ha concluido la averiguación previa. En cuanto a este punto el Dr. García Ramírez comenta: "...terminó el periodo en que el M.P. actúa como autoridad sobre el inculcado y comienza la etapa, decisiva, en que ambos, Ministerio Público e inculcado, figurarán como partes".¹⁸⁹

Carnelutti --clásico procesalista-- por su parte apunta: "...el ministerio público es un juez que se hace parte ...es una parte, en comparación con el juez; pero es una parte sui generis; si se dijese impropia, éste quizá sería el adjetivo más adecuado. La impropiedad está en esto: en que la parte sufre la providencia del juez, quien dispone en torno a su interés; pero el ministerio público no es en absoluto un interesado. Más de una vez, a propósito de la comparación entre parte y juez...el ministerio público es una parte artificial no una parte natural...pues actúa en él (proceso penal) no por un interés, sino por un oficio".¹⁹⁰

A diferencia del acusado quien es el sujeto del interés por el cual se desarrolla el proceso penal.

El artículo 32 dispone que "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 los

¹⁸⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. p. 123.

¹⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Pena. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. pp. 299 y 300.

lo que toca al aseguramiento de bienes sigue las reglas establecidas en el dispositivo anterior.

El aseguramiento de bienes a que se refiere esta ley, podrá realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso; según dispone el artículo 31.

Pero si el Ministerio Público procede al aseguramiento de bienes en el proceso, sigue actuando como autoridad?, siendo que ese carácter lo tuvo en la etapa de la averiguación previa, además debemos pensar que si actúa de esa manera la averiguación permanece abierta?; por lo tanto entonces no es una parte en el proceso?.

Si el M.P. consideró suficientes las pruebas reunidas para ejercitar la acción penal, ha concluido la averiguación previa. En cuanto a este punto el Dr. García Ramírez comenta: "...terminó el periodo en que el M.P. actúa como autoridad sobre el inculcado y comienza la etapa, decisiva, en que ambos, Ministerio Público e inculcado, figurarán como partes".¹⁸⁹

Carnelutti --clásico procesalista-- por su parte apunta: "...el ministerio público es un juez que se hace parte ...es una parte, en comparación con el juez; pero es una parte sui generis; si se dijese impropia, éste quizá sería el adjetivo más adecuado. La impropiedad está en esto: en que la parte sufre la providencia del juez, quien dispone en torno a su interés; pero el ministerio público no es en absoluto un interesado. Más de una vez, a propósito de la comparación entre parte y juez...el ministerio público es una parte artificial no una parte natural...pues actúa en él (proceso penal) no por un interés, sino por un oficio".¹⁹⁰

A diferencia del acusado quien es el sujeto del interés por el cual se desarrolla el proceso penal.

El artículo 32 dispone que "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 los

¹⁸⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. p. 123.

¹⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Pena. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. pp. 299 y 300.

dispuesto por los artículos 40, 41 y 193 del Código Penal Federal y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales”

El artículo 33 de igual forma que el anterior, contiene diversas normas a propósito del aseguramiento y administración de bienes relacionados con los procedimientos que el mencionado ordenamiento regula.

Con relación al tema en estudio, fue expedida la Ley Federal para la administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados (LABA), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1999. Asimismo, fueron reformados los artículos 40 del Código Penal Federal y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales, modificaciones publicadas, en el órgano mencionado el 8 de febrero de 1999, (el artículo 40 se reformó nuevamente el 17 de mayo de 1999) respectivamente. En consecuencia la materia se rige actualmente por estos ordenamientos.

Empero, es preciso considerar en primer término, el régimen de los códigos penal y de procedimientos penales, tomando en cuenta que la propia LABA señala que el aseguramiento, decomiso y destrucción de bienes se sujetarán a lo dispuesto por aquellos, y que el Ministerio Público Federal y la autoridad judicial son las autoridades facultadas para el aseguramiento de bienes sujetos a esta medida, en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 5).

El del artículo 40 del CPF, que proviene de la reforma de 1999, hace referencia al decomiso de instrumentos del delito “...así como las cosas objeto o producto de él...” si son de uso prohibido. El 181 del código procesal resuelve el aseguramiento de “los instrumentos, objetos o productos del delito, así como (de) los bienes en que existan huellas o (que) pudieran tener relación con éste”. Indica en seguida que “la administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia”. Esta es la referida LABA, cuyo artículo 1 establece que dicha ley “tiene por objeto regular la administración y destino de los bienes asegurados, decomisados y abandonados en los procedimientos penales federales”, cuyo aseguramiento “no implica que éstos entren al erario público federal”, lo cual implica que esta materia quede al margen de las disposiciones propias de los bienes de patrimonio federal (artículo 18).

Para los fines de la exposición que se realiza es importante destacar algunos aspectos de la LABA. Se crea un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público denominado Servicio de Administración de Bienes Asegurados (artículos 2, fracción III, y 53 y siguientes, entre otros). La administración de los bienes asegurados abarca actos de “recepción, registro, custodia, conservación y supervisión” (artículo 12); corresponde al propio Servicio, en forma directa, o a los depositarios, interventores o administradores que éste designe: preferentemente dependencias, entidades públicas o autoridades, “sin perjuicio de que puedan ser designadas otras personas profesionalmente idóneas” (artículo 13); de este régimen quedan excluidas las armas de fuego, municiones y explosivos, que serán administrados por la Secretaría de la Defensa Nacional (artículo 14).

Hay secciones específicas sobre bienes muebles, inmuebles y empresas, negociaciones o establecimientos. Tocante a estos últimos, es relevante apuntar que el “aseguramiento no será causa para el cierre o suspensión de actividades” de empresas con actividades lícitas (artículo 32), y que tratándose de aquellas en que se realicen actividades ilícitas, “el administrador procederá a su regularización”; sólo que esto resulte imposible vendrán al caso la suspensión, cancelación y liquidación de tales actividades (artículo 33).

El decomiso de bienes corresponde a la autoridad judicial por medio de una sentencia, salvo en el caso, del llamado “abandono” -al que haremos referencia- (artículo 47). Los bienes decomisados y abandonados, sus frutos y productos -todo ello bajo el concepto fiscal de aprovechamientos (artículo 48)- se entregan a la Tesorería de la Federación (artículo 49).

Nos parece adecuado, mencionar el “abandono” de los bienes asegurados, al que se dedica el capítulo IV de la LABA, que corresponde a un concepto llevado al artículo 22 de la Constitución por la reforma de 1999. A este respecto interesa mencionar qué bienes pueden quedar abarcados bajo ese concepto, en qué condiciones y conforme a que procedimiento.

El artículo 44 señala que causaran abandono: a) los bienes muebles asegurados, respecto de los cuales el interesado o su representante legal no hayan manifestado lo que a su derecho convenga (es decir que no hayan gestionado la devolución, liberación

del bien) dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación del aseguramiento, que se sujeta a disposiciones contenidas en la LABA (artículos 7 y 8: notificaciones personales o por edictos); y b) los inmuebles, en las mismas condiciones antes mencionadas, pero en este caso el plazo se extiende a un año (artículo 44). Sin embargo existe otro supuesto establecido por el artículo 39 que hace referencia a los bienes cuya devolución han resuelto el Ministerio Público o la autoridad judicial, en el caso de que el interesado en la devolución o su representante, debidamente notificados, no se presenten a recogerlos dentro de tres meses a partir de la notificación.

Cuando se han agotado estas formalidades y una vez que se ha solicitado y obtenido de la autoridad judicial o del Ministerio Público, según corresponda, un informe en que se haga constar que ni el interesado ni su representante legal se presentaron a recoger los bienes o a formular reclamos sobre éstos, el Servicio de Administración “declarará que los bienes han causado abandono a favor de la Federación” (artículo 46 fracción III).

Nos parece que era indispensable una regulación sobre el manejo de bienes asegurados, para poner orden en una materia incierta y compleja, generalmente dominada por interpretaciones, de las normas, acuerdos administrativos y convenios entre autoridades. Ha existido el riesgo de que haya distracciones de bienes o inadecuada aplicación de los mismos, lógicamente sin fundamento jurídico, situación que ha generado problemas.

E) PROTECCIÓN DE PERSONAS.

El capítulo Sexto de la LFCDO contempla en el artículo 34 –único que conforma el capítulo- que: “La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta ley, así se requiera”.

Es deber del Estado impartir justicia. Una de las manifestaciones de esta obligación implica proteger a quienes intervienen en un procedimiento en un procedimiento penal.

Desde luego es muy conveniente que La LFCDO tome nota de esta necesidad; por ello previene la protección y el apoyo suficientes a jueces, peritos etc. que intervengan en el procedimiento. Esta disposición simplemente subraya un deber natural del Estado frente a los ciudadanos en general y a ciertos ciudadanos en particular.

La reforma de 1994 al artículo 21 de la Constitución se refiere a la seguridad pública como función del la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, es decir, el Estado mexicano.

El artículo 14 establece que cuando “se presume fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada”, el Ministerio Público puede resolver que se mantenga “bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal”. Lo anterior hace referencia a quienes rindan “testimonio”, es decir a los testigos, y al ofendido se le protege también en su carácter de testigo, aunque puede suceder que no asuma propiamente este papel de manera procesal.

Lo anterior es necesario y adecuado;--en este punto estamos de acuerdo con la reforma al artículo 20 publicada en el D.O.F. el 21 de septiembre del 2000--empero, criticable desde el punto de vista del inculpado ya que le impide conocer quienes declaran en su contra, situación que reduce sus posibilidades de defensa en la averiguación previa, procedimiento en el cual son aplicables varias garantías --no todas-- que corresponden al inculpado en el proceso.

F) COLABORACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Uno de los puntos más discutibles de la LFCDO (importado al sistema jurídico mexicano a partir del Derecho Norteamericano, especialmente) es la “negociación entre el Estado y el infractor”, que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de ventajas en la persecución y la sanción de quien contribuye a aquéllas mediante información y pruebas aprovechables. Aquí campea ampliamente el principio de oportunidad persecutoria, por encima de la regla de la legalidad, que había dominado en el Derecho mexicano. El Capítulo VII de la LFCDO se denomina “De la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada”.

Bajo el régimen de legalidad, el legislador es quien estima qué conductas deben ser sancionadas a título de delitos. Establecido el imperativo legal, los aplicadores sólo deben cumplir la voluntad de la ley; si no lo hacen, incurren ellos mismos en una conducta ilícita y punible. “Esto es el contenido del principio de legalidad, que obliga a la fiscalía y a la policía –a intervenir a causa de todos los hechos punibles perseguibles-...”¹⁹¹

El artículo 35 inicial de ese Capítulo VII, en su primer párrafo establece: “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:..”

Se maneja en este párrafo que hay que beneficiar a los delincuentes que presten ayuda –y ayuda eficaz--, en la investigación y persecución de otros delincuentes. Se establecen pues, los términos de una negociación.

La fracción I del artículo en comento hace referencia a una circunstancia en la cual no exista averiguación previa en contra del deponente: “los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán

¹⁹¹ ROXIN; Claus. et al. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1989. p. 152.

tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona...”.

Es inexacto decir, que en esta hipótesis no existe averiguación, cuando por otra parte ese mismo texto manifiesta que hay una averiguación de este carácter iniciada con la colaboración del agente. Para el caso no importa si esa averiguación se inició a través de denuncia o querrela en contra de determinada persona, lo que interesa es que la averiguación existe y que en su desarrollo se llega al conocimiento de que hay una probable responsabilidad delictuosa a cargo de quien luego quedará al margen de la acción penal.

Hacemos nuestras las palabras del Doctor Sergio García Ramírez cuando expresa lo siguiente: “Digamos, ante todo, que la fracción I del artículo 35 contempla una verdadera facultad de gracia en manos del Ministerio Público; ésta contraviene la legalidad en el ejercicio de la acción, postulada por el artículo 21 constitucional”.¹⁹²

Si bien la fracción I se refiere a una circunstancia en la cual no exista averiguación previa en contra del deponente, la fracción II sí ya prevé algo más profundo, al establecer: “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”.

Comentando este artículo el Dr. Juventino Castro y Castro se expresa de la siguiente manera: “...De esto deducimos que por virtud de un acto (y acto discrecional sin límites) de la Procuraduría General de la República...el juez que posiblemente conozca posteriormente de un procesamiento, resulta ya de antemano obligado a reducir la pena que según el artículo 21 constitucional es una actividad propia y exclusiva de la autoridad judicial...”¹⁹³

¹⁹² GARCÍA RAMÍREZ Sergio, La Nueva Regulación Jurídica Sobre Delincuencia Organizada; en, Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada. Instituto de la Judicatura Federal. México, 1998. p. 32.

¹⁹³ CASTRO Y CASTRO, Juventino. Los Testigos Protegidos; en, Homenaje Póstumo al Dr. Pedro Zorrilla Martínez. Editorial Grupo Quinto Centenario. México, 2000. p. 36.

Otros “beneficios” se otorgan a favor de los delincuentes en la fracción 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 la fracción IV misma hipótesis cuando los sentenciados aporten pruebas ciertas suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros “altos miembros de la delincuencia organizada”, podrá otorgarse al “colaborador-sentenciado”, la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

De acuerdo a los supuestos descritos, como regla general el artículo 35 en su párrafo *in fine* remite a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, para la imposición de las penas y el otorgamiento de los beneficios estipulados en las distintas fracciones; además establece la necesidad de tomar en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador.

El artículo 36 establece lo siguiente: “En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.”

De esta manera entonces, “habría que distinguir entre aquellos casos en que los elementos incriminatorios en contra del colaborador derivan sólo de su confesión (es decir de su autoinculpación...que es en lo que consiste, esencialmente, una confesión) y aquellos otros en que hay pruebas de cargo diferentes de la llamada “autoinculpación”.¹⁹⁴

Cuando los datos incriminatorios se sustentan en pruebas diversas de la confesional, la benevolencia o “descuento penal”, enfrenta mayores restricciones. Es preciso que sea la propia autoridad judicial quien resuelva la reducción penal, a

¹⁹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Delincuencia Organizada. Edit. Porrúa. 2ª edición. México, 2000. p. 134.

solicitud del M.P., el órgano investigador no puede excluir el caso del conocimiento del tribunal, aunque tampoco el tribunal puede disponer de la reducción si no media pedimento del M.P.

El artículo 38 de la LFCDO, habla de la recepción de “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”.

El artículo 16 de la Constitución hace referencia a dos actos que condicionan el libramiento de una orden de aprehensión y el inicio mismo de la averiguación previa, dichas condicionantes son: la denuncia o la querrela según el régimen al que se sujete la perseguibilidad del delito. “Con ello el derecho mexicano ha cerrado la puerta al antiguo sistema inquisitivo que se acomodó en las pesquisas generales o particulares y en las delaciones anónimas o secretas”.¹⁹⁵

“En el sistema inquisitivo, acusador y juzgador constituyen un solo cuerpo, ya sea individual o colectivo. El inquisidor formula las acusaciones, y después con las respuestas, y el resto de las pruebas que se aporten, resuelve si la persona objeto de la pesquisa es culpable o no”.¹⁹⁶

En el supuesto de suministro de informaciones anónimas el artículo 38 ordena que el M.P. disponga la verificación de “estos hechos”, es decir, no de la información misma, cuyo origen o fuente puede ser inaccesible (pensemos en una carta anónima o una llamada telefónica inesperada), sino de los hechos a los que se refiere la información. Para verificar los hechos es preciso investigarlos, lo cual implica ya una indagación por parte de la autoridad persecutoria. Por lo tanto es un error decir que una vez verificados los hechos se deberá “iniciar” una averiguación previa; en realidad, esa averiguación ya se inició en el momento en que el M.P. dispuso que se verificase el

¹⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 185.

¹⁹⁶ CASTRO Y CASTRO, Juventino. La Procuración de la Justicia Federal. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 23

contenido de la información o delación anónima, a no ser que la LFCDO haya creado o instituido un novedoso periodo de investigación anterior a la averiguación previa misma

El que la delación no tenga, por sí sola, valor probatorio dentro del proceso, como señala el propio artículo 38, no elimina su evidente carácter inquisitivo.

El segundo y último párrafo del artículo en comento señala: "para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente." Esta norma no tiene sentido: ¿se recabaran esos requisitos de un denunciante anónimo, cuya identidad se desconoce? Si no es así, ¿fungirán como denunciantes los policías que hicieron la indagación consecutiva al informe anónimo?. Nos parece que este segundo párrafo pierde de vista que la denuncia o querrela se requieren también para iniciar la averiguación.

G) PRISIÓN PREVENTIVA Y EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La LFCDO contempla disposiciones referidas a la prisión preventiva y a la ejecución de la condena, del artículo 42 al 44; preceptos que componen el Título Cuarto de la Ley.

De igual manera que la Constitución, --en cuanto a un criterio adecuado--el artículo 42 ordena a las autoridades que la ubicación de reos sujetos a proceso o sentenciados que colaboren o coadyuven en la persecución de otros miembros de la delincuencia organizada, sea distinta de donde se encuentren estos últimos, en prisión preventiva o en ejecución de sentencia.

El artículo 43 niega a los sentenciados por delitos a que se refiere la ley los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, "...salvo que se trate de quienes colaboren en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada".

La ley mexicana ha manejado o se ha comprometido con una idea en torno a la cual se desarrollo al menos teóricamente –como dice el Dr. García Ramírez--, el sistema penal: la readaptación social, establecida en el artículo 18 de nuestra Constitución.

La ley en estudio, excluye la readaptación al negarse los beneficios en determinados supuestos, para fines prácticos anuncia que algunos delincuentes no son readaptables.

En cuanto al artículo 43 cabe plantear la siguiente interrogante: ¿se ha modificado, en beneficio de los colaboradores, la exclusión de libertad preparatoria a la que claramente hace referencia el artículo 85 del Código Penal Federal, en el que figuran algunos tipos a que se refiere la LFCDO.? Pudiera entenderse que así es, dado que ésta última prevalece sobre el Código Penal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la misma LFCDO.

Establece el 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”.

Pareciera que la LFCDO confunde este tratamiento con alguna de sus manifestaciones: los permisos de salida y la prisión abierta, olvidando que hay otras formas de tratamiento preliberacional que no tendrían porqué soslayarse en el supuesto de miembros de la delincuencia organizada; para darle base a esto citamos el artículo 8 de la Ley Que Establece Las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social De Sentenciados, dicho precepto establece como otras formas del tratamiento preliberacional: la “información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad” (fracción I); los “métodos colectivos” (fracción II), y la “concesión de mayor libertad dentro del establecimiento” (fracción III). Ninguna de esas formas implica excarcelación del recluso.

El Doctor Luis Rodríguez Manzanera comenta lo siguiente en cuanto a la remisión parcial de la pena: “Hay dos sistemas de remisión de pena: el automático y el

condicionado; en el primero se perdona una parte proporcional de pena por un determinado tiempo de trabajo.

En el sistema condicionado, no basta el trabajo o la asistencia a actividades educativas, o la simple buena conducta, pues todo ello cuenta siempre y cuando exista una efectiva adaptación social”.¹⁹⁷

El sistema condicionado es el que sigue nuestro país, ya que se requiere en primer lugar el trabajo, pues debido a lo dispuesto por la Ley de Normas Mínimas se reduce un día de prisión por cada dos días de trabajo, además de la participación del recluso en actividades educativas, buena conducta “y (que) revele por otros datos efectiva readaptación social”. (artículo 16).

La fracción IV del artículo 35 de la LFCDO, señala --recordemos--que la remisión parcial podrá otorgarse hasta en dos terceras partes de la pena privativa de libertad; este descuento penal se otorga a los delincuentes colaboradores en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada. Sin embargo, lo anterior se aproxima en cuanto a la fórmula de cómputo, a la libertad preparatoria y se aleja de la remisión al menos de acuerdo a lo establecido en el Código Penal y en la Ley de Normas Mínimas.

H) LAS PENAS EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Las sanciones que se establecen en la LFCDO son realmente severas, esto explicable ante el auge que ha tomado esta criminalidad en el mundo y de igual forma en México.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA; Luis. La Crisis Penitenciaria y Los Substitutivos De La Prisión. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 116.

Es preciso distinguir entre las penas aplicables por el ilícito mismo de delincuencia organizada y las correspondientes a los demás delitos cometidos, cuando la actividad de los sujetos activos rebasa el mero acuerdo de organización delictuosa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.

El artículo 4 hace referencia a las penas relativas a la delincuencia organizada, y las restantes normas integradas en el Código Penal o en leyes especiales, contienen las sanciones aplicables a los otros delitos cometidos: terrorismo, contra la salud, acopio y tráfico de armas, etcétera. Pues el precepto mencionado dispone: “Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicaran las penas siguientes...”

El dispositivo que se examina establece sanciones severas de acuerdo a la función que el sujeto activo realiza dentro de la organización criminal, pero no se basa en los delitos que la organización se propone cometer para establecer la punibilidad; aunque se sabe, desde los tiempos de Beccaria “que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad”.¹⁹⁸

Las sanciones son más elevadas cuando se trata de sujetos que tengan funciones de administración, dirección o supervisión respecto de la delincuencia organizada, que las punibilidades dirigidas a quienes tienen actividades menores dentro de la organización —pero no por ello menos peligrosos— pues estos agentes subalternos, tienen “a su cargo la comisión material de los ilícitos y sean por eso mismo, los verdaderos autores del delito”.¹⁹⁹

Son más severas las sanciones cuando el acuerdo o la actividad de los miembros de la organización criminal se dirige al narcotráfico que si se trata de los otros delitos considerados en el artículo 2. La punibilidad correspondiente al acuerdo u organización para cometer narcotráfico, tratándose de administradores, directores o supervisores, se encuentra entre dos extremos altos: de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa; a los otros participantes se sanciona con diez a veinte años

¹⁹⁸ BECCARIA. Tratado De Los Delitos y De Las Penas. Editorial Porrúa. 10ª edición facsimilar. México, 2000. p. 30.

¹⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: Op. Cit. p. 121.

de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa (artículo 4 fracción I).

Las sanciones relativas al acuerdo o la organización para perpetrar los demás delitos, son las siguientes: si se trata de administradores, directores o supervisores, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa; y en el supuesto de otros participantes, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

A lo anterior debe añadirse la calificación establecida en el artículo 5, como consecuencia de que el sujeto activo sea servidor público (sin tomar en cuenta el cargo que ostente o la función pública que realice) a quien se le sanciona también con la destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, el otro supuesto se refiere a que se utilice a menores de edad incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere la LFCDO. En tales supuestos las penas establecidas en el artículo 4 se aumentarán hasta en una mitad.

En cuanto al servidor público que incurre en delito, se le sanciona con la inhabilitación y/o privación para el ejercicio de las funciones públicas, sin embargo, lo frecuente es que esta sanción accesoria se aplique cuando el delito se comete en el ejercicio o con motivo del cargo oficial, o cuando el ilícito tiene alguna relación con las funciones del sujeto.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La palabra delito nos refiere una conducta que puede consistir en una acción u omisión, típica antijurídica y culpable a la que corresponde una pena establecida en el tipo.

SEGUNDA. El tipo penal es la descripción necesaria que individualiza conductas humanas que tienen relevancia penal y que limitan el poder punitivo estatal.

TERCERA. A través del tipo penal el derecho penal protege distintos bienes individuales o colectivos, como mínimos necesarios para la convivencia y el desarrollo de la sociedad.

CUARTA. Delincuente es la persona que lleva a cabo la conducta típica antijurídica y culpable.

QUINTA. El sujeto que hace de los actos delictivos su ocupación habitual al obtener un lucro a raíz de esta actividad y hace del delito su manera de subsistir es un delincuente profesional.

SEXTA. El conjunto de delitos que se dan en una sociedad y tiempo determinados constituye el fenómeno conocido como delincuencia.

SÉPTIMA. La delincuencia organizada tiene como objetivo fundamental, el obtener beneficios económicos; emplea la organización para ordenar y estructurar una serie de actividades dirigidas hacia la obtención del fin en la forma planeada, de tal manera que existe una división de funciones donde cada miembro sigue un lineamiento específico para obtener el resultado deseado. Al realizar su actividad la

delincuencia organizada atenta contra la seguridad y tranquilidad de la comunidad que son la base del trabajo y el desarrollo.

OCTAVA. El concepto de delincuencia organizada se introdujo innecesariamente en la Constitución en 1993 para el efecto de duplicar el plazo de retención por parte del Ministerio Público “en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”. Producto de aquella reforma a la Constitución, el Código Federal de procedimientos Penales maneja un concepto de delincuencia organizada totalmente ajeno al que hoy se establece en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la concepción anterior que manejaba la ley procesal ordinaria se relacionaba única y directamente con la duplicidad de los plazos para la retención de indiciados relacionados con éste tipo de delincuencia al cometer los delitos que el código mencionaba.

NOVENA. La política criminal no solamente se circunscribe a las conductas establecidas como delitos y a las que se les asigna una pena, sino implica otras respuestas extrapenales ó extrapunitivas que en gran medida dependen más de la justicia social. No obstante observamos que para las autoridades resulta más fácil castigar usando al derecho penal como principal e inmediata herramienta en lugar de emplear políticas sociales más justas pues es mejor la prevención que el castigo. Hay que tomar en cuenta que no todo bien jurídico implica necesariamente la existencia de un tipo penal para su protección, que puede darse de diferentes formas, incluso, sin recurrir al derecho penal que es la última ratio en un Estado de Derecho.

DÉCIMA. La pena tiene como finalidad comprobable la prevención especial que se ve reforzada mediante la prevención general misma que se basa en la coacción psicológica del individuo, en la intimidación. Quiérase o no, para la Constitución la pena cumple una función social; la readaptación –por lo menos teóricamente–, sin embargo el alcanzar la readaptación es muy difícil –no sólo en México–, por las condiciones del sistema de ejecución penal, además hay que tomar en cuenta la sociedad en la que se implanta éste sistema.

DÉCIMO PRIMERA. El eje fundamental de la delincuencia organizada y que es una verdadera economía criminal es el narcotráfico, verdadera

industria de rápido crecimiento y que representa el caso mas claro de poder político económico y social que se concentra en el crimen organizado, esta actividad desplaza cuantiosos capitales.

DECIMO SEGUNDA. En los años recientes con reformas constitucionales y legales ordinariamente desafortunadas, se ha pretendido solucionar los problemas que padecemos. Como ejemplo de ello la reforma de 1999 al artículo 16 de la nuestra ley fundamental debilito flexibilizo y redujo los requisitos para librar una orden de aprehensión perdiendo de vista que en un Estado de Derecho la libertad después de la vida es el bien máspreciado que debe garantizarse. Antes de la mencionada reforma el actuar de los jueces en cuanto a las ordenes de captura se ajustaba al marco de un Estado de Derecho. Pero la autoridad era incapaz de integrar debidamente la averiguación previa. También fue reformado el artículo 22 del Pacto Federal con lo que se introduce un nuevo procedimiento para la aplicación de bienes a favor del Estado y que invierte la carga de la prueba.

DECIMO TERCERA. La Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada introduce un nuevo orden penal ajeno a la tradición jurídica mexicana y distante del Derecho Penal garantista, liberal y de ultima ratio que debe imperar en un Estado democrático de Derecho.

Algunas de las “novedades” de la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, que nos parece, no son más que desaciertos y abusos de poder son:

- El tipo penal establecido en artículo 2 erróneo que sanciona los actos preparatorios.
- La investigación que por mandato constitucional corresponde sólo al Ministerio Publico, debe compartirse con otra autoridad que entonces tendrá facultades indagatorias.
- Posibilidad del surgimiento de delitos a partir de una muy discutible facultad de atracción totalmente discrecional por parte del Ministerio Público Federal.

- Eliminación del principio de inocencia e inversión de la carga de la prueba a partir de una “presunción fundada”.
- Negociación penal verdaderamente ignominiosa entre el Ministerio Público Federal y los testigos delincuentes.
- Introducción de una nueva forma de arraigo “domiciliario” distinto al que se había manejado en la legislación procesal penal ordinaria la cual fue contaminada en cuanto a aquella figura por la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada, que en realidad maneja una detención prolongada ante el Ministerio Público, que es claramente contraria a la Constitución.
- La delación que da paso a las pesquisas, con lo que se regresa al sistema inquisitivo.
- Extraña reserva de identidad de testigos, que contrasta con las garantías que la constitución otorga al inculcado desde la etapa de la averiguación previa.
- Sanciona con mayor rigor a los dirigentes de la delincuencia organizada en cuanto a la función que tienen ó realizan dentro de la organización, siendo menor la punibilidad para los autores materiales del delito.
- Estima eliminada la readaptación para algunos miembros de la delincuencia organizada, empero otorga beneficios a los delincuentes colaboradores, sin tomar en cuenta aquella.

DECIMO CUARTA. La Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada facilita la persecución de los delitos y aumenta excesivamente las penas, si esto era lo deseado, ¿porque no aprovechar los instrumentos de que se disponía?. Por ejemplo nos parece que el tipo penal de asociación delictuosa cubre los extremos de la delincuencia organizada; y en ese sentido, porque no agravar las sanciones consignadas en él, en función de algunos delitos.

DECIMO QUINTA. Pocos resultados ha dado el implemento de esta ley, debemos aceptar que hasta ahora en México no existe una política criminal integral para enfrentar a este tipo de delincuencia.

DECIMO SEXTA. Se está implementando una política criminal represiva teniendo como única herramienta al Derecho Penal, un Derecho penal máximo, que está eliminando al Derecho Penal mínimo como ultima ratio.

Con lo anterior se borra el principio de inocencia, se ha ampliado el uso de la prisión preventiva, el Ministerio Público tiene facultades discrecionales no reglamentadas o reguladas, se han creado tipos penales absurdos como la violación del arraigo. Estos abusos de poder se han introducido con el pretexto de que la delincuencia se ha modernizado y es económicamente más poderosa; lo antes descrito de ninguna manera se puede denominar como “sistema penal democrático” sino “autoritario”.

La opción más cómoda y fácil ha sido optar, por reformar las normas constitucionales y secundarias, creando delitos, elevando sanciones y suprimiendo garantías, en vez de avanzar realmente en la aplicación de las leyes existentes, buscar mejorar de las instituciones que actúan en este sector, acabar con la impunidad y proporcionar un acceso real a la justicia. Uno de los sectores más desprestigiados de la función pública es el encargado de la justicia penal.

Se debe poner más atención en los factores causales de la criminalidad, que en su mayoría se hallan fuera de la justicia penal sin que ello signifique descuidar esta área.

Nuestro problema no es de leyes; es de hombres que aplican las leyes.

FUENTES CONSULTADAS.

BIBLIOGRAFICAS.

- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. U.N.A.M. Senado de la República, LVI Legislatura. México, 1997.
- ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal, Tomo II. Editorial Akal. 2ª edición. Madrid, España, 1986.
- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. 20ª edición. Bogotá, Colombia, 1991.
- BAUMAN, Jürgen. La Pena Como Función Social, en Ensayos de Derecho penal y Criminología en Honor de Javier Piña y Palacios. Editorial Porrúa. México, 1985.
- BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Porrúa. 10ª edición facsimilar. México, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control Social y Sistema Penal. Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, España, 1987.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 15ª edición. México, 1986.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio y MÁRQUEZ HARO Haydee. La Intervención Telefónica Ilegal. P.G.R. México, 1995.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 32ª edición. México, 1993.
- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. U.N.A.M. 2ª edición. México, 1993.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. 10ª edición. México, 1998.

- CASTRO Y CASTRO, Juventino. La Procuración de la Justicia Federal. Editorial Porrúa. México, 1993.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino. Los Testigos Protegidos, en Homenaje Póstumo al Dr. Pedro Zorrilla Martínez. Editorial Grupo Quinto Centenario. México, 2000.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría General del Delito. Cárdenas Editor y Distribuidor. 2ª edición. México, 1998.
- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2ª edición. México, 1996.
- DIAZ ARANDA, Enrique. Dolo. Editorial Porrúa México, 2000.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Editorial Abeledo-Perrot. 29ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Delincuencia Organizada, Editorial. Porrúa. México, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Delincuencia Organizada, Editorial. Porrúa. 2ª edición. México, 2000.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Ministerio Público en la Averiguación Previa de los Delitos, en Justicia y Sociedad, U.N.A.M. México, 1994.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. Editorial. Porrúa. México, 1982.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Nueva Regulación Jurídica Sobre Delincuencia Organizada; en, Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada. Instituto de la Judicatura Federal. México, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama de la Justicia Penal; en, La Ciencia del Derecho Durante el Siglo XX. U.N.A.M. México, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Reflexiones Sobre el Ministerio Público. Presente y Futuro, en, Estudios Jurídicos en Memoria de Alfonso Noriega Cantú. Editorial Porrúa. México, 1991.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René Política Criminológica Mexicana. Editorial Porrúa. México, 1993.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 4ª edición. México, 1997.

- GONZÁLEZ- SALAS CAMPOS, Raúl. La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal. Pereznieto Editores. México, 1995.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa 2ª Edición. México, 1997.
- IBARROLA NICOLÍN, Eduardo. Manifestaciones Actuales de la Criminalidad y Marco Legal; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1997.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Harla. Clásicos del Derecho Penal, Volumen # 3. México, 1997.
- KAPLAN, Marcos. El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico. Editorial Porrúa. 2ª edición. México, 1998.
- MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Criminología. Editorial Trillas. México, 1991.
- MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. El Tipo Penal. U.N.A.M. México, 1992.
- MIR PUIG, Santiago . Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Promociones y Publicaciones Universitarias, 3ª edición. Barcelona, España, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1979.
- MORENO GONZÁLEZ, Rafael. Enfoque Criminológico del Crimen Organizado; en, Reforma Constitucional y Penal de 1996. U.N.A.M. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Organización y Funcionamiento del Ministerio Público; en, Justicia y Sociedad U.N.A.M. México, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia, España, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia, España, 1991.
- OVALLE FAVELA, José; en, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, Tomo I. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas y Consejo de la Judicatura Federal. México, 1997.

- PAVON VASCONCELOS Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial. Porrúa. 11ª edición. México, 1994.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito, U.N.A.M. México, 1998.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl y MONTES LÓPEZ, Militza. Crimen Organizado y Delincuencia Organizada; en, Crimen Organizado y Secuestro, Dos Reflexiones. UNISON. México, 1995.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, 1998.
- RAMÍREZ DELGADO, Juan.Manuel. Penología. Editorial Porrúa. México, 1995.
- RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal Tomos I y II, Parte General. Editorial Temis. 17ª edición. Bogotá, Colombia, 1990.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. 8ª edición. México, 1993.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La Criminología Ante el Crimen Organizado; en, Crimen Organizado y Secuestro, Dos Reflexiones. UNISON. México, 1995.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión. Editorial Porrúa. México, 1998.
- ROXIN, Claus. et. al. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1989.
- RUIZ HARELL, Rafael. Criminalidad y Mal Gobierno. Editorial Sansores & Aljure. México, 1998.
- TOCORA, Fernando. Política Criminal Contemporánea, Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1997.
- TOCORA, Fernando. Política Criminal en América Latina, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1990.
- VELASCO FÉLIX, Guillermo. Algunos Aspectos Adjetivos de la ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ; en, Seminario de Actualización Sobre la reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada. Instituto de la Judicatura Federal. México, 1998.
- VON LISZT, Franz, La Idea del Fin en el Derecho Penal. Editorial. Temis. Bogotá, Colombia, 1990.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. 11ª edición. Santiago de Chile, 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor México, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editores. México, 1988.

DICCIONARIOS.

Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas y Sociales. Ossorio, Manuel.
Editorial. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992.

Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo II. Díaz de León, Marco Antonio. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, 1997.

Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas Sociales y de Economía.
Santoyo, Víctor, Director. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina,
1996.

Diccionario Etimológico Castellano e Hispánico. Corominas. Editorial Gredos. Madrid,
España, 1984.

Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa -Calpe. 19ª edición Madrid,
España, 1984.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomos, D-H, I-O Instituto de
Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial. Porrúa. 4ª edición, México,
1991.

HEMEROGRAFICAS.

CASTRO Y CASTRO, Juventino. Entrevista concedida al periódico Reforma, publicada el 29
de octubre de 1999, en la 1ª Sección, Nacional.

DIAZ ARANDA, Enrique. Detener Consignar y ¿En el Proceso Averiguar?.
Revista Criminalia. año LXV. N° 1. Editorial Porrúa. México, 1999.

- ESCOBAR AUBERT, Luis. Procedencia del Juicio de Amparo en Contra del Arraigo Domiciliario. Revista Lex. Editorial Laguna. 3ª Época. Año V. Agosto 1999. número 50. México.
- GARCÍA CORDERO, Fernando. Delincuencia Organizada. Revista Criminalia. Año LXIV. N°2. Editorial Porrúa. México, 1998.
- GARCÍA CORDERO, Fernando. Reflexiones Sobre la Iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Revista Criminalia. Año LXII. N°2. Editorial Porrúa. México, 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Delincuencia Organizada Revista Criminalia. Año LXII. N°2. Editorial Porrúa. México, 1996.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. La Prevención de la Antisocialidad y del Delito. Revista Mexicana de Procuración de Justicia. Volumen I. Número 1. México, 1996.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. El Tipo Penal. Revista Criminalia. Año LXIII. N°1. Editorial Porrúa. México, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Revista Criminalia. Año LXII. N°2. Editorial Porrúa. México, 1996
- RAMOS ARTEAGA, Elena. Las Penas y Medidas de Seguridad. El Sistema de la Doble Vía. Revista Criminalia. Año LXIII. N°3. Editorial Porrúa. México, 1997
- REGINO, Gabriel. Reflexiones Sobre la Iniciativa de Reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo. Revista Lex. Editorial Laguna. 3ª Época. Año IV. Abril 1998. número 34.
- Diario Oficial de la Federación. 18 de mayo de 1999. Tomo DXLVIII N°11.
- Diario Oficial de la Federación. 23 de febrero de 2000. Tomo DLVII N°17.
- Diario Oficial de la Federación. 12 de junio de 2000. Tomo DLXI N°8.
- Diario Oficial de la Federación. 21 de septiembre de 2000. Tomo DLXIV N°15.
- Diario Oficial de la Federación. 14 de mayo de 1999.

LEGISLACION

- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Editorial. McGraw-Hill, 7ª edición. México, 1999.
- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, Tomo I. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas y Consejo de la Judicatura Federal. México, 1997.
- Código Penal Anotado. Carrancá Y Trujillo, Raúl y Carrancá Y Rivas, Raúl. Editorial Porrúa. 18ª edición. México, 1995.
- Código Penal Federal. Editorial Sista. México, 2000
- Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. Díaz de León, Marco Antonio. Editorial Porrúa. 4ª edición. México, 1997.
- Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista. México, 2000.
- Código Federal de Procedimientos Penales., Editorial Sista. México, 1996.
- Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada. Editorial PAC, México, 1999.
- El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 12ª González De La Vega, Francisco. edición. México, 1996.
- Ley que Establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados. Editorial Sista. México, 2000.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; en, Colección Penal. Ediciones Delma. México, 1999.
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; en, Colección Penal. Ediciones Delma. México, 1999.
- Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados. Diario Oficial de la Federación, Viernes 14 de mayo de 1999.

JURISPRUDENCIA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XXXVIII, p. 983, A.R. 14699/32, Betancourt Gregorio, 1º de junio de 1933, unanimidad de 5 votos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Semanario Judicial Federación, Quinta Época, t. LIII, p. 148, A.R. 1233/37, Pantoja Morán José, 3 de julio de 1937, unanimidad de 5 votos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primera Sala Novena Época -Materia Penal,; volumen XI Noviembre 1999 Página:55.

OTRAS FUENTES.

Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal Mexicana. Trabajo realizado por el Doctor **MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ**, para su ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. copias. a.p. 90 páginas. México, 1992

Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas a los artículos 16,19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 9 de diciembre de 1997; en, Información legislativa. Instituto de la Judicatura Federal. Volumen 4. N°1. enero-marzo de 1999.

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

Diccionario de Aforismos y Locuciones Latinas de Uso Forense. Gernaert Willmar Lucio. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos, Aires, Argentina. Sin año.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Tesis. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1991.

Zubiaurre-Wagner, Maite. Manual Práctico de Redacción. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, 1997.