



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAESTRÍA EN DERECHO

FACULTAD DERECHO

“DELITOS ESPECIALES INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL”.

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

ARMINDA LABASTIDA NÚÑEZ

**TUTOR PRINCIPAL: DOCTOR RICARDO FRANCO GUZMÁN.
FACULTAD DE DERECHO UNAM**

**SINODALES: DOCTOR PEDRO PABLO CARMONA SÁNCHEZ.
DOCTOR CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA.
DOCTORA ANA ELOISA HEREDIA GARCÍA.
DOCTORA VERÓNICA ROMÁN QUIROZ.
FACULTAD DERECHO UNAM**

MÉXICO, D.F. AGOSTO, 2014.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Mis más profundos agradecimientos al Posgrado en Derecho, UNAM.

Así como al apoyo recibido por CONACYT (beca).

Y a los miembros del Comité Tutor.

Dedico la presente Tesis a mis hijas Jessica y Kristal que son el faro de luz en mi existencia en la tierra, esperando tengan siempre como eje rector de sus vidas a la justicia.

A mis padres Arminda y David quienes siempre velan por mí con su infinito amor.

A mis hermanos Josefina e Isaac compañeros del alma.

A mi sobrino Axel ser de mi corazón.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
--------------	---

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1	GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL	8
1.1.2	DELITO, PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD	14
1.2.	ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ESPECIAL	19
1.2.1	CODIFICACIÓN	19
1.2.2	DECODIFICACIÓN	21
1.3	EL INICIO DE LOS DELITOS ESPECIALES EN MÉXICO	24
1.3.1	DERECHO PENAL ESPECIAL SU CONCEPTO	26
1.3.2	DERECHO PENAL ESPECIAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS	28

CAPITULO II

DELITOS ESPECIALES

2.1	LOS DELITOS ESPECIALES	34
2.2	CONSIDERACIONES DE ALGUNOS ASPECTOS DEL TERMINO "DELITOS "ESPECIALES".	37
2.3	LA UBICACIÓN DOCTRINAL DE LOS DELITOS ESPECIALES	39
2.3.1	CÓDIGO Y LEY PENAL ESPECIAL	41
2.4	ASPECTO HISTÓRICO DEL CÓDIGO PENAL MEXICANO	41
2.5	LA CODIFICACIÓN Y LA SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS	44
2.6	ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 6º. Y 7º. DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL	46

2.6.1 PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DELITOS ESPECIALES	49
---	----

CAPITULO III

BASES FILOSÓFICAS, SOCIOLOGICAS, ÉTICAS Y POLÍTICAS DEL SISTEMA PENAL

3.1 HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO PENAL CONTEMPORÁNEO	51
3.2 PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO	62
3.3 EL DELITO EN SU ASPECTO SOCIOLOGICO	65
3.4 CONCEPTO CASTIGO Y SUS IMPLICACIONES ÉTICAS Y POLÍTICAS	68
3.5 ASPECTO ONTOLÓGICO RESPECTO A LA PRIVACIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD	73
3.6 FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS CONTEMPORÁNEOS. IMPLICACIONES EN LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL	74
3.7 ACERCAMIENTO DE LA DOGMATICA A LA SOCIOLOGÍA. CRITERIOS CONTRADICTORIOS	76
3.8 READAPTACIÓN	77

CAPITULO IV

VALORACIÓN EN LA INTEGRACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES EN UN SOLO CUERPO NORMATIVO

4.1 EL FUNCIONALISMO EN ALEMANIA Y EN MÉXICO DIFERENCIAS FUNDAMENTALES	80
4.1.2 ECONOMÍA	83

4.1.3 SOCIAL	86
4.1.4 POLÍTICA	88
4.2 NORMATIVA QUE PREVÉ DELITOS ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL	95
4.2.1 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	98
4.2.2 CONCEPTO	101
4.2.3 ANTECEDENTES EN MÉXICO	107
4.2.4 ASPECTO JURÍDICO	110
4.2.5 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA SITUACIÓN ACTUAL	115
4.3 PERTINENCIA DE UN CUERPO NORMATIVO	122
CONCLUSIONES	125
FUENTES DE CONSULTA Y DE INVESTIGACIÓN	128

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata de examinar ciertos criterios respecto a la inclusión de los Delitos Especiales en el Código Penal Federal ya que contemplan diversas conductas típicas y se encuentran diseminados en un amplio grupo de Leyes Federales, creando con ello una serie de problemáticas normativas, una de ellas es el desconocimiento de los propios Ministerios Públicos de la existencia de distintos delitos que se encuentran disipados en Leyes ajenas al Código punitivo aludido.

En el *Capítulo Primero* se parte de las generalidades diferenciando lo que es un delito, la pena y la medida de seguridad, continuando con un estudio de los procesos de Codificación y Decodificación. Así mismo se revisara y dará respuesta a la interrogante de ¿Cómo surgen los Delitos Especiales en México? A través de un recorrido histórico de los códigos punitivos mexicanos. En virtud de esta situación se tiene como objetivo primordial el análisis de los Delitos Especiales, haciendo notar que hace falta encontrar una solución en la Ley Penal a fin de evitar la existencia de enormes lagunas en cuanto a su regulación.

En el *Capítulo Segundo* se conceptualiza los delitos en comento y analiza dichas concepciones trazando un camino en cuanto el aspecto histórico de nuestro ordenamiento penal el cual nos lleva a intentar indagar la manera en cómo debe organizarse el Derecho Penal, se advierten las contradicciones planteadas en los artículos 6º y 7º del Código Penal Federal, y se detallan los principios rectores de estos delitos, siendo así el objetivo de este capítulo identificar, los Delitos Especiales, su origen legal, su dogmática y la problemática que de ellos emana.

En el *Capítulo Tercero* se hará una revisión de las bases filosóficas, sociológicas, éticas y políticas del sistema penal. Una reseña histórica del pensamiento filosófico jurídico penal contemporáneo. Así como el delito en su aspecto sociológico, y los fundamentos científicos contemporáneos. Siendo en consecuencia otro objetivo del presente trabajo de investigación el estudio

filosófico del Derecho Penal contemporáneo, el funcionalismo, sus precedentes fundamentales, y principales exponentes. Un objetivo adicional es establecer que las bases de nuestra sistemática jurídica penal deberían estar zanjadas en directrices filosóficas contemporáneas, enfocadas a darle orden a nuestro Código Penal. Realizando para ello un estudio de las tendencias en el pensamiento punitivo. En virtud de que resultan paralelas unas a otras, trataremos de dar un enfoque cronológico, pero ocasionalmente debido a la simultaneidad, se dará relevancia a los momentos históricos concordantes entre ellas y a las ideas mismas. Revisaremos conceptos como función, sistemas, y estructura. Resulta necesario revisar ciertas Teorías que preceden al funcionalismo, ya que convergen en ciertos puntos fundamentales, una multiplicidad de ellas.

El Derecho Penal debe crear una nueva sistemática, con bases en corrientes filosóficas actuales que ponderen los derechos humanos, la justicia, la igualdad. La violencia genera más violencia, por lo que se parte de una humanización del Derecho Penal Mexicano. Existe una tendencia de una adecuación del funcionalismo en México, dentro del mismo hay una bifurcación que conduce a senderos distintos. Lo que se pretende es lograr entre otras cosas que se incorporen los delitos relacionados con las Leyes Federales a la parte especial del Código Penal, en base a estas directrices filosóficas.

Finalmente en el *Capítulo Cuarto* se realiza un análisis comparativo en los aspectos económicos, sociales y políticos entre Alemania y México con el objetivo de establecer la factibilidad de obedecer en nuestra Nación a corrientes filosóficas penales originadas en aquel país. Se detalla la legislación encontrada que cuenta con Delitos Especiales en su contenido, con el fin de comprender la magnitud de la dispersión de los mismos. A manera ejemplificativa se examina la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la cual cuenta con estos delitos. Resaltando la importancia del aspecto filosófico penal en las estrategias políticas implementadas, para su plena eficiencia y eficacia. Al elaborar un Código Penal Federal con un marco iusfilosófico homogéneo de tipo funcionalista atenuado que incluya los Delitos Especiales se obtendría claridad, coherencia, y simplicidad que se traduce en eficacia.

“El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos.”

Immanuel Kant

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1 – GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

El presente capítulo está dedicado a analizar el origen, evolución y concepto del Derecho Penal Especial, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos. El objetivo principal es el análisis de la situación actual de los “Delitos Especiales”, los intereses que determinaron su estructura, así como el concepto del Derecho Penal Especial y sus relaciones con otras disciplinas.

Para una mayor comprensión del tema, partamos del Derecho Penal su génesis, y desarrollo ¿cuáles fueron las causas que dieron motivo a la formación del Derecho? El ser humano, es un ente social por naturaleza, y por tal razón requiere orden, y orientación, que guíe su conducta dentro de una colectividad determinada.

Por tal motivo afirma Amuchategui Requena, que el surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad para controlar sus acciones y proteger al grupo social. El crimen nace con el hombre; cuando aún no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, el delito ya se manifestaba en su forma más rudimentaria. El hombre todavía no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a los demás; por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo del animal cazado por otro, la violencia física ejercida sobre una mujer, etc. De ahí la

necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.¹

Sobre la evolución del Derecho Penal encontramos que en sus orígenes hay una marcada tendencia a la venganza, como concepto de Justicia punitiva en este sentido Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala este tipo de justicia inicial y cuáles fueron los delitos que han subsistido hasta nuestros días:

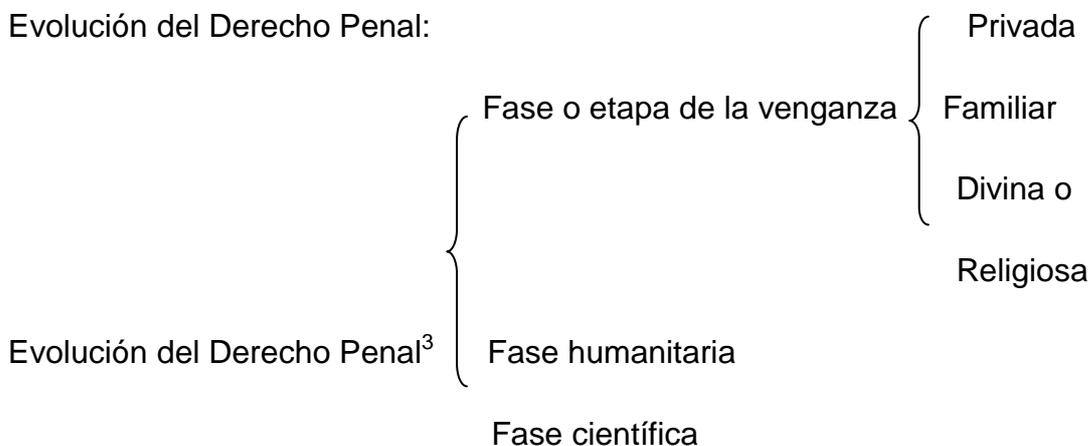
En un principio, la reparación de las lesiones jurídicas experimentadas se entregaba a la iniciativa y a la reacción de las víctimas o los allegados supérstites. Cuando la cautela evasiva en el temeroso o prudente no evitaba la agresión, el que la sufría replicaba en la medida de sus medios y de su vehemencia. De perecer, eran los suyos, la familia o la tribu, los que asumían la venganza, casi siempre con superación desbordada y semillero de reacciones en cadena, que resulta fácil conectar con la “vendetta” arraigada en pueblos latinos. Técnicamente se estaba en la etapa de la venganza de la sangre, que conduciría a las atenuaciones de la composición, que reducía la pena al resarcimiento económico de los que habían padecido la ofensa o el delito. [...] Evolución.- las figuras delictivas de creación primera, y que perduran, son aquellas que significan mayor alarma en lo patrimonial y mayor lesión en lo personal: el robo y el homicidio, con las variantes y agravaciones que se añadirían después del asesinato y el parricidio, y con la a minoración del hurto. Los delitos de índole sexual, la violación, en tanto que acceso violento, y el adulterio, el ilegítimo, no tardarán en asomar en el repertorio represivo. Por el contrario, se requiere la consolidación de las instituciones estatales para que aparezcan las figuras que hoy se encuadran en las infracciones de índole política y administrativa: los atentados contra la seguridad exterior e interior del Estado y los delitos de los funcionarios públicos al abusar de sus cometidos peculiares. Cuando las garantías individuales se reconocen, ya en el siglo XIX con la afirmación del constitucionalismo en casi todos los países, se tipifican fórmulas generales o concretas contra sus violaciones desde arriba hacia abajo. Los delitos de carácter económico privado o público se encuadran igualmente en época de madurez estatal, y de ahí la represión específica de las quiebras y concursos fraudulentos, de todo género de malversaciones y de las estafas. Por socavar la estructura creada para hacer justicia, desde larga data se penaron la prevaricación y el cohecho, y también se inscribieron en los códigos punitivos el perjurio y el falso testimonio, aunque en la materia campea el mayor de los impunismos.²

De lo anterior se percibe que en el génesis del Derecho Penal no existía una estructura jurídica como la conocemos en la actualidad con una plataforma filosófica sofisticada y una diversidad de tipos penales, sólo se contemplaban los primeros brotes de la actividad criminal que se conocía y se manifestaba hasta ese momento.

¹ Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. Tercera edición, México, Editorial Oxford University Press, 2005. P. 3.

² Cabanellas Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III, Vigésima Edición, Argentina. Editorial Heliasta 1981. P. 143.

Un esquema que nos permite visualizar de manera didáctica la evolución del Derecho Penal es el que expone Amuchategui Requena:



Venganza significa que el hombre, ante una agresión recibida, obtiene satisfacción mediante otro acto violento. Etapa humanitaria como respuesta a la fase anterior surge una reacción humanista en materia penal, de manera que se pretende dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo. Grandes pensadores, filósofos y humanistas, con su obra e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines. César Beccaria y Jhon Howard, con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad. Etapa científica en ella se mantienen los principios de la fase humanitaria pero se profundiza científicamente respecto del delincuente. En esta etapa se estima que el delito y el sujeto son productos de las fallas sociales, con influencia de factores de índole diversa (interna y externa).⁴

Podemos plantear que, en general los delitos nacen con la sociedad y su proporcionable complejidad emana de su evolución. En este continuo devenir la presencia de la Justicia Penal cumple un servicio fundamental para la colectividad, resultando innegable su importancia y trascendencia.

Rossi ha señalado que el Derecho Penal es la más importante rama entre todas las de la Ciencia de las Leyes, ya por sus relaciones morales, bien por las políticas: “Todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral”.⁵

³ Op. cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. P. 4.

⁴ *Ibidem*. Pp.3 y 5

⁵ Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General. Vigésima edición, México, Porrúa 1999. P. 13.

Más aun a medida que se encuentran hallazgos científicos toda una esfera de conocimientos serios contribuyen al desarrollo de esta disciplina.

En su lucha incesante contra el crimen la sociedad, por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando origen al Derecho Penal, en tanto que el pensamiento científico sistematiza la investigación de los fenómenos relacionados con el delincuente, el delito y la pena, dando así origen a las ciencias criminológicas. Se ha definido el Derecho Penal objetivamente, como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente (Cuello Calón) o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito (Pessina), o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (Liszt), o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica (Mezger), o como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo (Renazzi, Canónico, Holtzendorff)....⁶

Indiscutiblemente el Estado debiera ser instrumento de la sociedad y utilizar la represión con propósitos positivos de la comunidad, lamentablemente en algunos casos se invierte el orden y la sociedad es un instrumento del Estado y la represión persigue objetivos inciertos, dudosos e imprecisos. El Derecho Penal es entonces la relación que existe entre el hecho que se determina como delito, la pena y sus reglas de aplicación.

Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁷

Ahora bien en la evolución conceptual del Derecho Penal, se formó toda una estructura entornó a él, que cumplió con las consideraciones de valores y calidad humana que nos distingue de la simplemente animal por ser valorativa. Ya que el ser humano vive en sociedad aspira a los valores y busca su satisfacción.

En este sentido detalla Jiménez de Asúa: El Derecho Penal se divide por lo común, tanto en la exposición doctrinal como en su expresión positiva, en dos

⁶ *Ibidem*. P.16.

⁷“En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el jus puniendi: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar, las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado: el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal...” citado por Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Trigésima séptima edición, México, Porrúa, 1997. P. 21.

partes: la general, que examina el delito y la pena desde el punto de vista de los principios; y la especial, que describe los diversos delitos y faltas catalogados por el legislador.⁸

Ambas facetas se complementan para obtener una visión global del comportamiento delictivo.

Al respecto Fernando Castellanos Tena apunta: “El estudio sistemático del Derecho Penal se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle. Todos coinciden, sin embargo, en señalar dos partes: la General y la Especial. La primera (constitutiva del objeto de estos lineamientos) la dividiremos en Introducción, Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito, y Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad.”⁹

Encontrándonos en el estudio de la parte general del Derecho Penal, surge el cuestionamiento: ¿qué significa la Ley Penal?, para dar respuesta a esta pregunta, recabamos el criterio de Amuchategui Requena:

La ley penal es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad. La creencia de que la ley penal es sólo el conjunto de normas contenidas en el Código Penal resulta falsa; es un espejismo, pues existen diversas normas penales insertas en distintos cuerpos legales, como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Legislación Aduanera, la Ley General de Salud, etcétera.¹⁰

Respecto a la falsa creencia que la Ley Penal es sólo un conjunto de normas contenidas en el Código Penal concordamos con la autora, en que es incorrecta; ya que en el periodo comprendido de la creación de los primeros Códigos Penales en nuestro país hasta la fecha, se fueron originando normas de la materia en diversos cuerpos legales; esto aunado al desarrollo y la creciente complejidad de la sociedad Mexicana, valió para lo que constituyó el nacimiento y desenvolvimiento de dichos ordenamientos; hechos que profundizaremos más adelante.

⁸ Op. cit. Citado por Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. P. 143.

⁹ Op. cit. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 18.

¹⁰ Op. cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. P. 23.

Ahora bien puede hablarse del Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo.

“El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón: Conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito, Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia. Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica. En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el jus puniendi: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. El Derecho Penal Subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”.¹¹

Aquí resulta conveniente resaltar que el Derecho Penal; cumple con un fin que nace de la protección de los bienes jurídicos, y se desarrolla, o idóneamente debiera desarrollarse, paralelamente con la sociedad para el que fue creado y no la de otra sociedad; es decir cuando un Derecho Penal no corresponde con las necesidades, costumbres, filosofía del pueblo para el que es instituido se engendra un sinnúmero de problemáticas, incluyendo la falta adecuación a las necesidades sociales, la inoperancia, la ineficacia, la inseguridad jurídica, la impunidad y la inaplicación de la Ley; entre otras, todo por “importar” un Derecho Penal de otras latitudes.

Carrancá y Trujillo, y Carranca y Rivas, apunta:

El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos sino sólo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica (Liszt). De aquí arranca una distinción entre dos campos: el civil y el penal, correspondiendo al primero la reparación de las violaciones por medios que no son penales, medios pecuniarios, indemnizantes, y al segundo el empleo de los penales conforme al límite del poder coercitivo del Estado y mirando ese empleo a la defensa social frente a un daño, no sólo individual, sino también social, y a la reparación particular de una ofensa de característica valoración y de especial jerarquía (vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, etc.) lo que no puede obtenerse por los medios que el civil adopta y que tampoco puede lograrse por el mismo ofendido sin mengua del orden público.¹²

¹¹ Op. cit. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 21.

¹² Op. cit. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General. P. 26.

1.1.2 DELITO, PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD.

Teniendo en cuenta que el Derecho Penal surgió para proteger los bienes de los seres humanos, y la realización de sus actividades en la vida social, es evidente que la noción de ciertos conceptos como delito, pena y medida de seguridad resultan de vital importancia para definirlo. Resulta oportuno señalar el área de estudio en la que nos enfocaremos en el presente trabajo de investigación, siendo el Derecho Penal Especial y la Filosofía del Derecho Penal nuestras guías.

Martínez Bastida manifiesta al referir el término “enciclopedia de las ciencias penales”: “Debemos entender el concepto “enciclopedia”, como “la obra que trata de manera objetiva, reflexiva y metódica al delito, la pena y la medida de seguridad”.¹³

Así integra, la Enciclopedia de las Ciencias Penales, según el método utilizado para su estudio, de la manera que sigue:¹⁴

CIENCIAS JURÍDICO PENALES

1. Derecho Penal
2. Derecho Penal Especial
3. Derecho de los Procedimientos Penales
4. Derecho Ejecutivo Penal
- I. CIENCIAS FILOSÓFICAS, HISTÓRICAS Y POLÍTICAS
 1. Filosofía del Derecho Penal
 2. Historia del Derecho Penal
 3. Política Criminológica
- II. CIENCIAS CAUSALES EXPLICATIVAS O CRIMINOLÓGICAS
 1. Antropología Criminal

¹³ Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. Segunda edición, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. DE C.V. 2004. P. 6

¹⁴ *Ibíd.* Pp. 6 y 7

2. Sociología Criminal
3. Endocrinología Criminal
4. Psicología Criminal
5. Victimología
6. Penología

III. CIENCIAS AUXILIARES DEL DERECHO PENAL

1. Medicina Legal
2. Criminalística

Al delito por ser parte esencial del concepto de Derecho Penal, se le ha conceptualizado de distintas maneras, revisemos sólo algunas a fin de no ser reiterativos en una multiplicidad innecesaria de conceptos, Jiménez de Asúa quien hace un análisis del mismo, señala:

La definición del delito es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código Penal español, el chileno, el mexicano, etc., y aún añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio a posteriori, que por eso es exacto, aunque nada se añade a lo sabido. Es una tautología (decir lo mismo). Kant demostró la posibilidad científica de los juicios sintéticos "a priori". Pero Dorado concluye que no es posible dar una definición del delito "en sí, que lo sea para todo el mundo y que abarque todos los hechos que merezcan la calificación de delictuosos por su propia naturaleza", puesto que el concepto del delito es relativo, como lo es el "orden jurídico" que, como atacado, se incluye en la definición de aquél. De aquí deduce Dorado que "todos los delitos son "artificiales (Derecho Protector, I, págs.536-537 y 541 -542). A pesar de lo impresionante de estas observaciones aceptamos, sin embargo, provisionalmente que el delito, desde el punto de vista jurídico, es una acción u omisión antijurídica y culpable.¹⁵

La relatividad del delito ha causado una complejidad al momento de querer encontrar una definición no obstante, en la simplicidad se encuentra la respuesta y se evita la redundancia. En este orden de ideas, desde el punto de vista del delito como valoración jurídica a través de los tiempos se tiene que:

"... A pesar del esfuerzo de los criminólogos para hallar un "delito natural", es lo cierto que la infracción punible fue siempre un hecho contrario al Derecho, según hemos aceptado en la supradicha definición provisional. En efecto, sin pretender ahora estudiarlo a través de la historia, vemos que de modo constante fue una valoración jurídica. Por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el Derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y en la Roma primitiva existió la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a los objetos: árboles, piedras, etc. En cuanto a la responsabilidad de los animales se exigía también con frecuencia en esos remotos

¹⁵ Citados por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, Tercera edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Lozada, 1985. P. 24.

derechos y renace profusamente en la Edad Media (vid. Sobre todo esto el libro relativo al “Delincuente” en el quinto tomo de la presente obra). Refiriéndonos ya a las personas sabemos también cómo la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Hasta bien entrado el siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró y por ello infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la pira llameante sus excentricidades, en holocausto a la valoración de la época. (cf. Supra, núm. 105, en el tomo I de este TRATADO).¹⁶

De lo anteriormente expuesto, podemos advertir que el concepto del delito y de la pena fue evolucionando, así como también la cultura, de esos grupos sociales. Y que hasta las más elementales sociedades tienen un ordenamiento jurídico si bien su estructura sea compleja y difusa, como consecuencia de los motivos que le dieron origen, debido a esto el delito es considerado como una agresión a este orden jurídico, y es siempre una valoración. Es de observarse y destacarse que el Delito tiene tres características constantes en toda esta evolución y es la consideración de: 1.- La actuación u omisión del ser humano 2.- Que agrede (según algunos autores), ó que viola (según otros), 3.- Los derechos fundamentales del mismo (establecidos en un ordenamiento jurídico, por lo tanto resulta una conducta antijurídica).

Más tarde en la historia de la humanidad y con la sofisticación del Derecho se adiciona otra característica: la culpabilidad en el comportamiento antijurídico.

“...Queda así demostrado que el delito, incluso en los más remotos tiempos en que se valoró objetivamente con mero sentido de causa material (Erfolgshaftung, Kausalhaftung), fue siempre lo antijurídico, y por eso un ente jurídico donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los Códigos. Así con el afinamiento del Derecho, aparece al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad.”¹⁷

La concepción jurídica; no como “violación de un derecho”, concebido filosóficamente, a la manera de A. Franck, sino como quebrantamiento del derecho (o de la ley, encarnación de éste), definen el delito los penalistas que aspiran a darle su verdadera esencia.¹⁸ El Jurista Díaz León, al conceptualizar el delito, en su Diccionario de Derecho Penal no puede prescindir de las tres características constantes a lo largo de la vida punitiva; que hemos señalado:

“Acto u omisión que sancionan las leyes penales. Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Infracción culpable de la norma penal. Su concepto ha variado en el tiempo, según la Doctrina y las legislaciones. Sin embargo, en términos generales, se le

¹⁶ *Ibidem*. P. 25.

¹⁷ Op. cit. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. P. 26.

¹⁸ *Ibidem*. Citado por Jiménez de Asúa. P. 35.

reconocen las siguientes características partiendo de su definición más común: Delito es la acción típica, antijurídica y culpable, de esto se deduce: es una acción penal humana, lo que no es acción no interesa al Derecho Penal. Típica, porque la acción tiene que concordar con lo descrito en la norma penal. Antijurídica, porque la acción penal debe oponerse al orden jurídico penal vigente y no estar justificada por una causa de exclusión del injusto. Culpable, porque puede reprocharse al agente, intencionado o negligente, del delito cometido, dada la relación de causalidad existentes entre el agente y su acción. El delito es punible, porque está sancionado expresamente con una pena señalada en la norma penal.¹⁹

Observamos que el concepto de delito, ha variado en el tiempo, según la Doctrina y las legislaciones, no obstante las tres particularidades constantes continúan vigentes.

Con relación al delito el Código Penal establece:

“Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

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

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

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”²⁰

Vemos muy claramente que en la primera oración de este artículo quedan establecidas las tres propiedades constantes del Delito, a las que se le adicionan otras más a medida que se ha desarrollado la sociedad. Actualmente los tipos penales detallan las conductas que no son permitidas:

“ Es decir, las referidas leyes penales señaladas por este artículo 7º, son equivalentes aquí a tipos penales, como descripciones concretas de la conducta (prohibiciones o mandatos). El tipo es la materia de la prohibición de la norma. Así, el que concrete con su conducta un tipo penal, o sea, el que se comporte de la manera descrita por la materia de la norma, obrará en forma contraria a ésta. Significa que quien realice la acción prohibida u omite cumplir el

¹⁹ Díaz de León Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial. Porrúa. Tomo I, México. Cuarta edición. P. 641.

²⁰ Diario Oficial de la Federación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

mandato, se adecuará a lo establecido en el tipo y, por tanto, obrará en forma contraria a la norma.²¹

Aunado a lo mencionado con la simple observación, de la primera frase, del fundamento legal transcrito, queda establecido, que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, y no otras leyes (¿entonces qué sucede con lo ordenado en el artículo 6º del Código Penal Federal? El cual analizaremos más adelante).

Por añadidura los Códigos Penales de 1871 y 1929 lo definían así:

“Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda” (art.4). El de 1929 así: “Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal” (art.11). La definición del art. 7 comentado es pragmática, útil a su objeto, aunque doctrinariamente incompleta.²²

Así el concepto de Delito ha ido alcanzando niveles de sofisticación más amplios, abarcando cada vez más características Díaz León señala: “La dogmática jurídica moderna fija el concepto de delito a los efectos técnico-jurídicos, así: *es la acción antijurídica, típica, imputable, culpable y punible, en las condiciones objetivas de punibilidad.*”²³ En la actualidad estos siete elementos negativos y positivos componen al Delito

En cuanto a la pena hay una pluralidad de observaciones hechas hacia ella, igualmente su concepto ha ido evolucionando a través del tiempo, considerándose en nuestros días no sólo como un castigo sino también como un medio preventivo pero veamos algunas posturas; Castellanos Tena manifiesta al respecto de la pena: “El castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico”. Rafael de Pina señala, en su Diccionario de Derecho, que la pena es: “El contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano

²¹ Op. Cit. Díaz de León Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. P. 641.

²² Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. Vigésimo segunda edición, México, Porrúa, 1999. P. 29.

²³ *Ibíd.* P. 31.

jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso privándole de ella; en el segundo infringiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos.”²⁴ Entendiéndose por demás en ambas conceptualizaciones a la pena como un castigo legal en el cual el infractor debe cumplir.

Por lo que toca a la Medida de seguridad es el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena, que sólo podrá imponerse después de cometido y comprobado el delito. La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, mixta, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables. El art. 24 del CPF enumera las medidas de seguridad mezclándolas con las penas.²⁵

1.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ESPECIAL

Para poder adentrarnos en el concepto de Derecho Penal Especial, es necesario primero conocer los procesos de Codificación y Descodificación; así como su desarrollo a través de la historia en México, lo que nos llevara finalmente a encontrarnos con su resultado: los “Delitos Especiales”.

1.2.1 LA CODIFICACIÓN

En cuanto hace al proceso de Codificación se entiende como la sistematización en un cuerpo normativo de una rama jurídica, regidos por unidad de tiempo y criterio; ya los Juristas Acosta Romero y López Betancourt, en su libro *Delitos Especiales*, hacen un amplio estudio al respecto:

“ La necesidad de hacer codificaciones nació desde la época antigua en la que se hizo indispensable sistematizar a través de la recopilación, determinados ordenamientos (...) el Código como producto del proceso de la codificación del Derecho se desarrolló en Europa continental a partir del siglo XVII, se distingue de todas las fijaciones escritas del derecho anteriores porque no pretendió consignar todo el derecho ya existente (...) la idea de

²⁴ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 86.

²⁵ Op. Cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. Pp.133 y 134.

codificación es un postulado de la ilustración y del racionalismo europeo que se inició en el siglo XVIII. La idea de codificación no es la de recopilar en un solo texto diversas leyes vigentes. La codificación es la reunión de leyes que se refieren a una rama jurídica en un solo cuerpo, presididas en su formación por unidad de criterio y de tiempo”.²⁶

Quedando claro el hecho de que la Codificación, se refiere a la reunión de leyes de una determinada y única rama jurídica en un solo cuerpo normativo, no en diversos cuerpos legales, guiadas en su creación en conformidad por un conjunto homogéneo de ideas y tiempo, lo cual al parecer dotaría de coherencia y orden a dicho ordenamiento legal. En este contexto Acosta Romero, y López Betancourt citando a Cabanellas, manifiestan:

“... Cabanellas indica que puede definirse el Código como la ley única que, con plan, sistema y método, regula alguna rama del Derecho positivo (...) Surge como incógnita a despejar, la conjetura de que si la codificación, vuelve más pétrea la ley particular y si es inherente a la codificación esta rigidez, la ley evoluciona o por la interpretación judicial o por la reforma legislativa (...) La situación indicada, nos obliga a considerar la evolución de la ley en sus dos aspectos: la que nace de la interpretación judicial y la que es consecuencia de la reforma legislativa (...) Debemos hacer notar que la codificación, por su carácter sistemático, tiende a facilitar la interpretación de sus mandatos y esto le confiere flexibilidad, ya que los principios generales en que se sustenta, se expresan o se deducen por el juzgador (...). Esto nos confirma que lo códigos pueden ser reformados o modificados sin cambiar su esencia original y que su conformación no es un obstáculo para la reforma.”²⁷

La codificación facilita la interpretación de sus mandatos, por el orden en el cual se presentan. Ya que si un juzgador, (tratándose de la rama Penal) se encuentra en la disyuntiva de si se halla ante un delito ó no, sabe donde puede encontrar la respuesta.

Analizando lo anterior, tenemos que los puntos esenciales, de la Codificación son:

- 1.- Conjunto de leyes de una rama jurídica.
- 2.- Pertenecientes a un único cuerpo normativo.
- 3.- Presididas por unidad de criterio y tiempo.

Lo cual otorga a un cuerpo de leyes: sistema, orden, y certeza jurídica.

²⁶ Acosta Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo. *Delitos Especiales*. Cuarta Edición, México, Porrúa, 1998. P. 4.

²⁷ *Ibíd.* Pp. 4,6 y 7.

Por su parte Eduardo L. Betancourt señala:

“...De lo anteriormente expuesto se desprende que la reforma a los Códigos responde a varias funciones que van desde la extensión de la ley existente, hasta su completa reforma; siempre y cuando las adaptaciones que se realicen, sean relativas a la materia que se está tratando, a la gradación estricta de la Reforma y a los antecedentes legales y generales. En los sistemas del Derecho Común, la ley del caso, no admite profundas reformas, por lo que estas reformas tienen que contemplarse en leyes especiales; esto nos confirma la existencia del fenómeno de la descodificación.”²⁸

Fenómeno que es necesario analizar para comprender el objeto de nuestro estudio, ya que de él se desprenden las “leyes especiales”. No es común que las leyes se anticipen al fenómeno de la vida a cuya regulación se dirigen. Generalmente el desenvolvimiento de las relaciones sociales va creando ciertas normas consuetudinarias que con el tiempo, se convierten en normas de derecho.

1.2.2 LA DECODIFICACIÓN

En oposición al proceso de Codificación, surge un nuevo fenómeno la Decodificación, con sus características diametralmente distintas, mismas; que dan origen a un extenso número de problemáticas; con relación a la Decodificación Martínez Bastida manifiesta muy claramente:

“ En las últimas décadas apareció un fenómeno que los doctrinarios han dado en llamar “LA DECODIFICACIÓN”, esto significa que los códigos existentes están sufriendo un desmembramiento, por lo que la época de los códigos ya pasó y actualmente se vive en la época de las “leyes especiales”; con lo anterior no quiero decir que sean las leyes privativas o especiales que prohíbe el artículo 13 de nuestra Constitución, ya que éstas tienen los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad propias de toda ley en sentido material. La decodificación, ha dado origen a que numerosas leyes de naturaleza jurídica diversas a la penal prevean algún capítulo de “delitos”, que son objeto de estudio de la materia denominada “Delitos Especiales”.²⁹

En oposición al proceso de Codificación ya expuesto, tenemos que en la Decodificación los puntos esenciales son:

1.-Surge el debate de su naturaleza jurídica por emerger de un sin número de Códigos ajenos al Código Penal.

²⁸ Ibídem. P. 7.

²⁹ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. Pp. XI y XII

2.- Pertencientes a diversos cuerpos normativos

3.- Presididas por diversidad de criterio y tiempo.

Que dan como resultado lo contrario, a lo que se busca de un ordenamiento legal: caos, desorden e inseguridad jurídica. Pero analicemos si es conveniente que los delitos se diversifiquen en una multiplicidad de cuerpos legales; siguiendo a Martínez Bastida:

¿Es producto de una adecuada política criminal el que los delitos estén dispersos en ordenamientos diversos al Código Penal? La respuesta que se ha dado a la interrogante anterior, dio origen a una enconada polémica doctrinal, de la que se desprendieron dos paradigmas:

- a) El Codificador, que propone la incorporación de los “Delitos Especiales” en un ordenamiento único prescindido por unidad de criterio y tiempo, y
- b) El Decodificador, que propugna por la conservación de los “Delitos Especiales” en ordenamientos ajenos al Código Punitivo, por tener su fundamento en el artículo 6º. Del Código Penal Federal.³⁰

Veamos el contenido de dicho ordenamiento legal:

“Artículo 6o.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

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

En caso de delitos cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes siempre se procurará el interés superior de la infancia que debe prevalecer en toda aplicación de ley.”³¹

Si bien es cierto que al integrar los Delitos Especiales al Código Penal Federal no acaba con el problema del concurso de normas también lo es que del anterior artículo se advierte desde la primera parte, “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código”, la permisibilidad legal, existente de delitos no establecidos en dicho cuerpo normativo, lo cual constituye un portal a los Delitos Especiales, y su consecuente dispersión en no pocas leyes.

³⁰ Ibídem. P. XIII.

³¹ Diario Oficial de la Federación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

“El c.p. constituye la Ley Penal por antonomasia; pero así como su ámbito es el delito, el delincuente, la pena y las reglas de aplicación de la misma, diversos delitos especiales pueden ser tipificados en leyes también especiales, que son como dice el c.p. Uruguay, “las que contienen una norma y una sanción”. (Art. 1 párraf.2º.) En estos casos el tipo respectivo y la sanción se encuentran en la ley especial o sólo el primero cuando la ley especial sigue el sistema del “rinvio” (re-envío); en ambos casos sólo la Parte General del c.p. o sea el Libro I es aplicable. Son numerosísimas las leyes especiales de contenido penal. Su catálogo es tan rico como cambiante. Por vía de ejemplo citaremos algunas: la de Títulos y Operaciones de crédito (art. 193), la Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, la Orgánica de los Tribunales del Fuero Común (art.355), la General de Vías de Comunicación (arts.667 a 740), la orgánica del art. 4 Const., la del art. 27 Const., la de Industrias Mineras, la de Monopolios, la de Migración, la Federal del Trabajo, la de Elección de Poderes Federales, la de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales (30 dic. 1939), la de Delitos Fiscales, la Federal de Armas de Fuego y Explosivos (art.81 a 88), etc., etc., todas las cuales contienen materia penal”.³²

La Descodificación, es un proceso que va minando el orden, y la coherencia de nuestro sistema normativo penal, con consecuencias adversas para una sociedad, en todos los ámbitos es reconocible este fenómeno desde un sencillo ciudadano, hasta los grandes juriconsultos, pueden percatarse de ello, sin embargo se ha ido propiciando la especialización de las leyes.

“...Voces autorizadas de doctrina afirman que los códigos están en un proceso de decadencia, que tanto los estudiosos del derecho, como los legisladores y hasta en un momento dado, el pueblo en general comprenden que los códigos resultan insuficientes para regular la convivencia social y que esto se debe a que las leyes especiales han adquirido un lugar preponderante en el ámbito del derecho, existe una tendencia hacia la especialización de las leyes, cuestión que se manifiesta en casi todas las ramas del Derecho, tanto a nivel nacional, como internacional. La multiplicación de estas leyes es tan grande y complicada, que normas que se refieren a una materia o una Institución, se cambian infinidad de veces, para modificar en algunos casos únicamente el nombre, o bien, para hacer reformas poco sustantivas. Al respecto el tratadista italiano Irti, en su ensayo intitulado “L’età della decodificazione”, sostiene que la edad de la Codificación se dirige al tramonto y que ya ha comenzado la edad de su opuesto, o sea la descodificación”³³

Cada día aumentan las “leyes especiales” que regulan diversos delitos y que se encuentran fuera del Código Penal. Aun Ministerios Públicos desconocen muchos delitos por encontrarse dispersos en ordenamientos diversos. Si bien la especialización coadyuva en la problemática no la resuelve.

³² Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. **Código Penal Anotado**. Vigésimo segunda edición, México, Porrúa, 1999. P. 27.

³³ Acosta Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo. **Delitos Especiales**. Cuarta Edición, México, Porrúa, 1998. P. 10.

1.3 EL INICIO DE LOS DELITOS ESPECIALES EN MÉXICO

Para crear una norma de Derecho el legislador debe conocer la realidad social imperante en el país, a fin de que la norma que dicte sea la solución justa a este problema que surge de la realidad histórica.

Martínez Bastida hace un análisis al respecto, y señala que nunca existió esa realidad histórica que determinó la existencia del precepto que regula a dichos delitos, por lo cual es una disposición que nace viciada, sin una base en nuestra realidad:

“...puesto que el legislador de 1871 tomó de base el Código Penal Español del 30 de junio de 1850 de donde “importa” esta figura que no se adecuaba a las circunstancias de tiempo y lugar de nuestro país en la época en que surgió la disposición. Cabe mencionar el precepto, que tomó el legislador mexicano de inspiración de 1871, del Código Penal Español de 1850 que establecía:

“No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se encuentren penados por leyes penales especiales. No obstante si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo”

Por su parte el Código de 1871 establecía:

“Cuando se cometa un delito o una falta de que no se hable en este Código y cuya pena esté señalada en una ley especial, se impondrá aquélla; pero al aplicarla, se observarán las disposiciones conducentes de las contenidas en este libro primero en todo aquello que no pugne con dicha ley.”³⁴

Dicha “importación” legal permite el caos y la dispersión del derecho penal mexicano. En el momento histórico de la creación del Código Penal de 1871; ¿Qué sucedía en nuestro país en la época independiente? Al iniciarse la Independencia surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano. Así empezaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aún aplicables a falta de leyes nuevas. La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal. Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente fue la expedición de los códigos penales que son, en orden cronológico, los siguientes:

- a) Código Penal para el estado de Veracruz

³⁴ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 42.

- b) Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929 y con influencia de la escuela clásica.
- c) Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz, vigente hasta 1931 y con influencia de la escuela positiva.
- d) Código Penal de 1931, vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal. La comisión redactora la integraron Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ángel Ceniceros entre otros destacados juristas. Este Código mantiene una postura ecléctica.³⁵

Según los doctores en Derecho, Fernando Castellanos Tena, Celestino Porte Petit y Olga Islas, entre otros, el Código Penal de Veracruz de 1835 tiene importancia de ser el primer Código Penal de México independiente. Cabe señalar que en 1831 el Estado de México redactó un “Bosquejo General de Código Penal”, que no llegó a tener vigencia. La comisión encargada de elaborar el Código Penal de 1871 fue formada por el Ministro de Justicia Lic. Ignacio Mariscal; como presidente de la misma el Lic. Antonio Martínez de Castro y la Secretaría la ocupó el Lic. Indalecio Sánchez G., además de los Lics. Manuel M. Zamacona, José María Lafragua y Eulalio Ma. Ortega. En la sesión del 5 de octubre de 1868 la comisión señalada refirió que habían tomado por texto para el orden de materias el Código Español. En la sesión del 7 de octubre siguiente se discutieron los primeros quince artículos del proyecto; sin embargo, ninguna referencia se hizo al precepto que remite a los delitos previstos en leyes especiales.³⁶

La última reunión de la comisión se verificó el 20 de diciembre de 1869 y nunca se discutió o se hizo referencia al artículo tercero que se incluyó en el ordenamiento definitivo y que trata de los delitos previstos en leyes especiales. Situación por demás enigmática debido a la opinión generalizada de la comisión de considerar que los delitos sólo debían ser establecidos dentro del Código Penal.

³⁵ Op. Cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. **Derecho Penal**. P. 13.

³⁶ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. **Delitos Especiales**. P. 28.

Tenemos que en los trabajos de revisión al Código Penal de 1871, la comisión consideró que si hay una ley especial posterior al Código, que señale la pena de un delito o falta, lo debido es aplicar la pena especial, que no deben aplicarse las disposiciones del Libro primero, y que deben aplicarse las conducentes, Martínez Bastida refiere al respecto:

El artículo tercero de dicho proyecto señalaba que:

“Cuando se cometa un delito o una falta cuya pena esté señalada en una ley especial, se impondrá aquélla, pero se observarán las disposiciones conducentes de este Código, en todo lo que no pugne con dicha ley.” En la exposición de motivos del proyecto, referente al citado precepto, el Presidente de la Comisión, Lic. Miguel S. Macedo manifestó: “En el texto actual (1871) sólo se comprenden los delitos o faltas de que no se habla en el Código y cuya pena esté señalada en una ley especial, y el precepto se limita a que al aplicar esa pena se observarán las reglas conducentes de las contenidas en el Libro Primero. La comisión ha considerado que si hay una ley especial posterior al Código, que señale la pena de un delito o falta, aunque se hable de ellos en el Código, lo debido es aplicar la pena especial, sin que obste el hecho de hablarse en éste de tal delito o falta, y por otra parte que no deben aplicarse las disposiciones del Libro Primero, sino cualquiera que sean conducentes aunque estén contenidas en alguno de los otros libros (...) Además este proyecto de 1914 hace extensiva la supletoriedad del Código Penal respecto de la ley especial no sólo al Libro Primero sino a cualquier artículo del Código que tenga relación con el delito previsto en la ley especial.”³⁷

En el Código Penal de 1929 en su artículo segundo hay un error de técnica legislativa. Código Penal de 1929, la exposición de motivos fue elaborada y publicada con fecha posterior (1931) a la aparición del Código; en su artículo segundo regresa al principio de subsidiaridad de las leyes especiales, también extiende su ámbito de supletoriedad al Libro II. Hace referencia el precepto a la “sanción señalada” es decir, a la remisión de la sanción y no a figuras típicas completas, puesto que las normas de Derecho Penal están integradas por una parte preceptiva y la sanción correspondiente.

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931. En algunas ocasiones se hace referencia al vocablo leyes penales y en otras a leyes especiales.

1.3.1 DERECHO PENAL ESPECIAL, SU CONCEPTO.

En este orden de ideas, ¿qué es el Derecho Penal Especial? es menester arribar al concepto de Derecho Penal Especial:

³⁷ *Ibíd.* P. 31

El Derecho Penal Especial es el conjunto de normas jurídicas relativas a los Delitos, Penas y Medidas de Seguridad, tipificados en Leyes o Tratados Internacionales de naturaleza distinta a la penal.

El Fundamento legal del Derecho Penal Especial se encuentra en el artículo 6º Del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, dicho precepto legal a la letra establece:

“Artículo 6o.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

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

En caso de delitos cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes siempre se procurará el interés superior de la infancia que debe prevalecer en toda aplicación de ley.”³⁸

Del primer párrafo del precepto citado se desprende que una ley especial o un tratado internacional, de observancia obligatoria en México serán los que regirán en la comisión de un delito no previsto en el Código Penal; pero veamos algunas especificaciones de los Tratados Internacionales.

Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, consideran a los Tratados Internacionales como sigue:

“ Igualmente deben ser considerados como leyes especiales los Tratados Internacionales, entre los que cabe mencionar los que se refieren a publicaciones obscenas (1923), la trata de blancas (1926), etc. Por último, es ley especial también el Código de Justicia Militar, de 28 agt. 1933 (D.O. núm. 52 de agt. 31. 1933), en vigor desde ene. 1º, 1934, relativo a los delitos y faltas contra la disciplina militar. Por tratarse de un Código Penal de la materia contiene reglas propias sobre delitos y penas, que hacen inaplicable a ellos la ley penal común. El profesor Carrancá y Trujillo, desde la primera edición de nuestro Código Penal Anotado, sostuvo que: “Igualmente deben ser considerados como leyes especiales los Tratados Internacionales...” Sin embargo, en esta nueva reforma de 1984 persiste el mismo afán “didáctico” de la de 1983 pues era diferente, como decía el texto derogado, que se debían observar las disposiciones conducentes del Código. Ahora el legislador se refiere en especial a los Libros Primero y Segundo del Código (lo que ya se entendía con la frase “las disposiciones conducentes”). Asimismo a mi ver resulta obvia la parte final del art. que me ocupa, ya que sería absurdo que la regla general prevaleciera sobre la especial. No obstante, se ha de entender que se trata de

³⁸ Diario Oficial de la Federación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

la materia penal *stricto sensu*, puesto que una regla general de carácter constitucional debe prevalecer sobre una regla especial de carácter penal, cuando esta atañe”.³⁹

El Derecho Penal Especial se constituye por un conjunto de disposiciones legales, no previstas en el Código Penal, pero que tipifican diversos delitos en su articulado. Existe un enorme número de normas penales y delitos dispersos del Código Penal. A este grupo heterogéneo se le nombran Delitos Especiales o Derecho Penal Especial. El Derecho Penal Especial está constituido por una serie de órbitas de especialidad que dan variantes y modalidades de los principios generales del Derecho Penal.

1.3.2 DERECHO PENAL ESPECIAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL SU RELACIÓN

El vínculo entre Derecho Penal y Derecho Penal Especial deriva de que ambas disciplinas comparten el mismo objeto de estudio: la norma Penal. Con independencia de que se encuentre regulada en un ordenamiento diverso al Código de la materia o en el cuerpo normativo Penal.

Con frecuencia se escucha que tal o cual rama del derecho tienen o no relaciones semejanzas y diferencias con otras ramas jurídicas, ciencias y disciplinas. Algunos catedráticos aseguran categóricamente que la materia que imparte carece de relaciones con otras. Esto equivale a considerar que esa materia es una isla, rodeada de algo que la separa y aleja de otras asignaturas. Nada resulta tan criticable como esa afirmación, proveniente de criterios estrechos que ponen fronteras insalvables al conocimiento.⁴⁰ Los puntos coincidentes entre ambas disciplinas; se dan en los presupuestos básicos que son los mismos tanto para el Derecho Penal como para la aplicación del Derecho Penal Especial. Así una y otra materia comparten fundamentos

³⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. Vigésimo segunda edición, México, Porrúa, 1999. P. 28.

⁴⁰ Op. Cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. P. 15.

jurídicos. El artículo 6º del ordenamiento punitivo es el soporte de este vínculo, así también lo expresa Martínez Bastida:

“Del precepto en cita obtenemos dos conclusiones importantes: la primera referente a que el propio Derecho Penal “Común” (adjetivo agregado para diferenciarlo del “Derecho Penal Especial”) ordena que para aplicar al caso concreto un delito tipificado en una ley o tratado internacional se observen las disposiciones del Libro Primero del Código Penal. Así mismo el mencionado precepto legal ordena, en caso de ser necesario, la aplicación de las disposiciones relativas del Libro Segundo, es decir de los diversos delitos en particular que agrupa el Código Penal según el bien jurídico tutelado. La importancia y relación de ambas materias es de grado sumo, ya que del propio Derecho Penal “Común”, se dan los presupuestos básicos para la aplicación del Derecho Penal Especial”, tales como las causas de exclusión del delito, la Responsabilidad Penal, la Aplicación de las Sanciones, extinción de la responsabilidad penal, etc.”⁴¹

DERECHO DE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES Y DERECHO PENAL ESPECIAL, SU RELACIÓN

En cuanto a la relación del Derecho de los Procedimientos Penales y el Derecho Penal Especial, se puede decir que las normas procesales constituyen el complemento indispensable del Derecho Penal Especial, pues el Procedimiento Penal es la consecuencia directa que ocurre una vez cometido un delito. Para poder observar su vinculación debemos conocer primero: ¿Cual es objeto de estudio del Derecho de los Procedimientos Penales? Su objeto son el conjunto de normas de imposición concreta de la pena a un determinado individuo. Y segundo reconocer que el Derecho Penal Especial también está regido por este conjunto de normas.

En el Derecho Positivo Mexicano los procedimientos que integran al Derecho Procesal Penal, con fundamento en el artículo 1º. Del Código Federal de Procedimientos Penales son los siguientes: **a)** averiguación previa, **b)** preinstrucción, **c)** instrucción, **d)** juicio, **e)** ejecución, **f)** relativos a inimputables y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.⁴² Mismos que se aplican al Derecho Penal Especial.

La relación que existe entre el Derecho de los Procedimientos Penales y el Derecho Penal Especial, se concreta a establecer los requisitos necesarios para castigar la actualización de los tipos penales previstos en ordenamientos

⁴¹ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 12.

⁴² Ídem.

distintos al Código Penal, al acreditarse por los medios de prueba idóneos la existencia de los elementos del tipo penal con la correspondiente responsabilidad penal del sujeto activo del delito, en una resolución de carácter judicial denominada sentencia definitiva.⁴³

DERECHO EJECUTIVO PENAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL, SU RELACIÓN

El Derecho Ejecutivo Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las diversas penas impuestas a un sujeto en el procedimiento penal.

Es frecuente en la doctrina confundir al Derecho Ejecutivo Penal, con el Derecho Penitenciario, siendo que este último es sólo una rama o sección del primero que puede ser definido como “El conjunto de normas que regulan la aplicación y cumplimiento de la pena privativa de libertad”. En el sentido anterior se manifiesta el artículo 4º. Del Código Federal de Procedimientos Penales.⁴⁴

Así la relación existente entre el Derecho Ejecutivo Penal y el Derecho Penal Especial, es la que se da cuando un juez ha dictado una sentencia con motivo de la comisión de un Delito Especial; y su respectiva consecuencia: la imposición de una pena al delincuente del delito, al regular el cumplimiento y ejecución de esta.

HISTORIA DEL DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL, SU RELACIÓN.

La relación que guarda la Historia del Derecho Penal y el Derecho Penal Especial, es el análisis de su origen, evolución y desarrollo, ya que en este rubro el Derecho Penal Especial se deriva por cronología del Derecho Penal. Al

⁴³ *Ibíd.* P. 15.

⁴⁴ *Ibíd.* P. 16.

inicio del presente trabajo realizamos un bosquejo histórico tanto del Derecho Penal, como del Derecho Penal Especial.

FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL, SU RELACIÓN

La palabra filosofía procede de la lengua griega, que quiere decir amor a la sabiduría, al conocimiento. Por lo tanto, también el análisis de los conceptos atañe a la filosofía.

“La Filosofía es un intento del espíritu humano para llegar a una concepción del universo mediante la autorreflexión sobre sus funciones valorativas, teóricas, y prácticas”⁴⁵.

Juan Hessen al referirse a la Filosofía en la Teoría del Conocimiento lo hace de la siguiente forma: La filosofía es teoría del conocimiento científico, teoría de la ciencia, teoría de los valores, teoría de la concepción del universo...la teoría del conocimiento pregunta por la verdad del pensamiento, esto es, por su concordancia con el objeto. Por tanto, puede definirse también la teoría del conocimiento como la teoría del pensamiento verdadero.⁴⁶

Específicamente en cuanto a la Filosofía del Derecho Penal Amuchategui Requena, manifiesta: Existen fundamentos que dan luz al derecho penal, como la valoración de determinados bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. La axiología, la ética y la deontología profesional, son esenciales para el derecho penal.⁴⁷

Estas argumentaciones constituyen la directriz en la que se basan algunos legisladores para considerar las penas que se imponen a ciertas conductas delictivas, como en el caso del aborto, secuestro, etc. Así se cuestiona, por

⁴⁵ Hessen Juan. Messer Augusto. Besteiro Julián. *Teoría del Conocimiento. El Realismo Crítico. Los Juicios Sintéticos “A priori”* Decimosegunda edición, México, Editorial Porrúa, 2001. P. 9

⁴⁶ *Ibidem*. Pp. 11 y 12.

⁴⁷ Op. Cit. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. P. 18.

ejemplo: si debe ó no aplicarse la pena de muerte. Siendo en consecuencia, estas reflexiones necesarias, para nuestra disciplina en estudio.

Teniendo presente lo que revela Carrancá y Rivas en su libro de Filosofía del Derecho Penal: El Derecho Penal es normativo por excelencia, es decir, se entraña en los valores de la filosofía o en la filosofía de los valores como ninguna otra especialidad del Derecho; y para mí que la filosofía no es independiente, por más que lo quieran ciertos “eruditos” cargados de “dura técnica pensante”, ya que la filosofía es aplicable a cualquier rama del conocimiento. Por supuesto, la filosofía es la fuente y cuna de todo conocimiento y saber humanos.⁴⁸

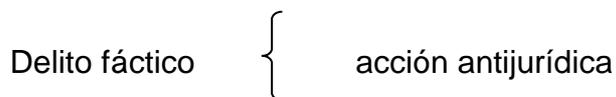
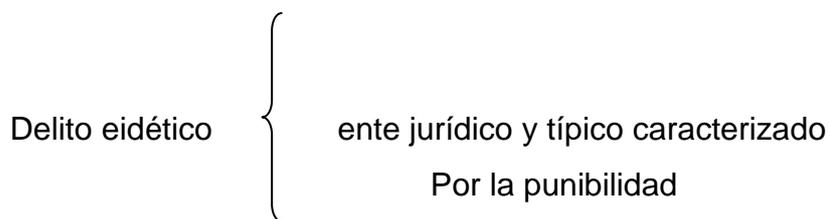
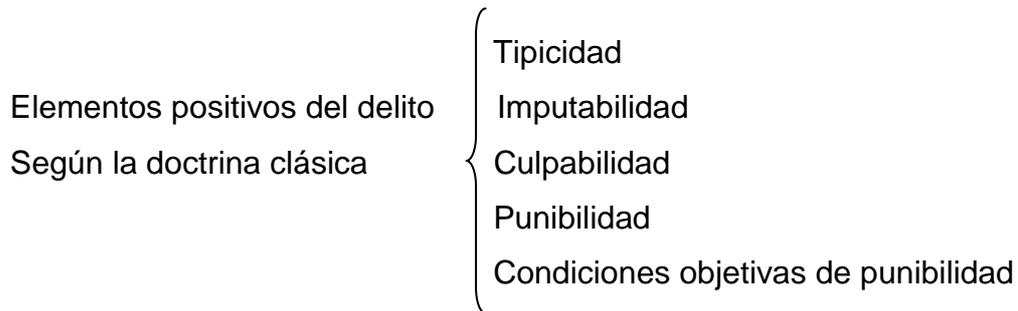
Los más diversos tipos de corrientes filosóficas representadas por sus exponentes como lo son: Platón, Aristóteles, Descartes, Leibniz, Kant y Hegel (entre otros), comparten puntos de vista en común como la tendencia a la universalidad, hacia la totalidad de los objetos del conocimiento, aunado a cierta actitud intelectual. De lo anterior se deduce que sin una referencia filosófica es imposible adentrarse en los temas del Derecho Penal.

Con relación al enfoque filosófico Carrancá y Rivas exterioriza: “...Por mi parte y al efecto yo pienso que el enfoque filosófico del asunto, imprescindible, lo mismo que la investigación de su pretendida legitimidad, para empezar no es tarea abordable sin un instrumento adecuado, lógico, que lo sistematice y metodice. Razón por la cual yo he concebido **una teoría del delito** y un **diagrama dogmático del delito.**”⁴⁹

⁴⁸ Carrancá y Rivas, Raúl. *Filosofía del Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa 2009. P. 1.

⁴⁹ *Ibíd.* P. 10.

Acción Antijurídica



En síntesis se entiende por “Filosofía del Derecho Penal”, a la reflexión relativa a los principios del Derecho Penal y los problemas fundamentales de la teoría del delito, las penas y las medidas de seguridad.

La Filosofía del Derecho Penal se relaciona con el Derecho Penal Especial, analizando las causas de los “Delitos Especiales”.

“En los pueblos libres el derecho ha de ser claro. En los pueblos dueños de sí mismos, el derecho ha de ser popular.”

José Martí

CAPITULO II

DELITOS ESPECIALES

2.1 LOS DELITOS ESPECIALES

En el capítulo anterior, vimos los lineamientos generales entre el Derecho Penal y el Derecho Penal Especial, por lo que en el presente capítulo nos corresponde ahondar en los Delitos Especiales.

El concepto legal de Delito ha variado con el transcurso del tiempo, y en la diversidad de códigos penales, como lo hemos observado desde el inicio del presente trabajo. Con respecto al Delito manifiesta Martínez Bastida:

“El Código Penal de 1871, en su artículo primero, señalaba: “Delito es la infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”.

El Código Penal de 1929, en su artículo número once, consideraba al delito como: “La lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal”.

El Código Penal de 1931 vigente en el Fuero Federal, establece en su artículo 7º. “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.⁵⁰

En este orden de ideas tenemos que el delito es contemplado en un marco de la normatividad penal, a lo largo de la historia, y en el devenir de nuestras diferentes legislaciones, de ahí que el término Delitos Especiales, crea confusión, en el sentido de que la denominación correcta debiera ser: *tipos penales especiales* y no Delitos Especiales, siendo que se entiende que estamos refiriéndonos a unos delitos que tienen cierto privilegio, cuando lo especial acaece de que son todas aquellas conductas típicas, antijurídicas,

⁵⁰ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 49.

imputables, culpables y punibles existentes en leyes de naturaleza distinta a la penal (especiales) que contemplan un capítulo de sanciones y delitos.

El Código Penal es el ordenamiento de una sola rama vigente del Derecho, y por ello todos los delitos deben estar incorporados en un solo cuerpo normativo homogéneo, que busque orden y permanencia. A este respecto manifiesta Miguel Polaino Navarrete:

El ordenamiento penal como complejo de norma se caracteriza por el *orden*, la *unidad* y la *coherencia*, y contiene *normas prohibitivas* (v.gr. no matar, no robar, etc.) y *normas preceptivas* (v.gr. alimentar al hijo menor, socorrer al desvalido, etc.), cuya estricta observancia impone a los destinatarios de tales normas, es decir, a los ciudadanos.⁵¹

Pero tratándose del concepto de Delitos Especiales se han referido a él de las siguientes maneras:

“al delito que se encuentra definido y sancionado en una ley o código penal de esta naturaleza, es decir fuera del Código Penal Común”. Por tanto, delitos especiales son todas aquellas conductas típicas antijurídicas y culpables existentes en leyes de naturaleza distinta a la penal (especiales) que contemplan un capítulo de “Sanciones y delitos”, es decir, podemos conceptuar al “delito especial” como el acto u omisión que sancionan las leyes no penales y los tratados internacionales”.⁵²

Así queda establecido que el Delito Especial es aquel que es sancionado por las leyes no penales y los tratados internacionales.

Por su parte Díaz León también lo define separándolo del ordenamiento penal de la siguiente manera:

Delito Especial: El que está sancionado por leyes distintas del Código Penal.⁵³

⁵¹ Jakobs, Gunther, Polaino Navarrete Miguel, López Betancourt Eduardo. ***Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista***. Editorial. Porrúa. México. Primera edición. 2006 Pp. 145,146.

⁵² Martínez Bastida, Eduardo. ***Delitos Especiales***. Segunda edición, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. DE C.V. 2004. P. 50.

⁵³ Díaz León Marco Antonio. ***Diccionario de Derecho Procesal Penal***. Editorial. Porrúa. Tomo I, México. Cuarta edición. P. 644.

Pero de estas definiciones se desprenden ciertas contradicciones al interior de las mismas, como lo podemos advertir después del estudio y análisis que hicimos en nuestro capítulo número uno, del presente trabajo, en lo concerniente al concepto de delito y sus características fundamentales.

2.2 CONSIDERACIONES DE ALGUNOS ASPECTOS DEL TERMINO “DELITOS ESPECIALES”.

Con respecto al término Delitos Especiales, tenemos que considerar los siguientes aspectos: 1. Las contradicciones al interior de la misma definición de Delitos Especiales (desde el punto de vista legal).

Si tenemos en cuenta que el artículo séptimo del Código Penal establece lo siguiente:

Artículo 7º. – “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...” de esta primera frase se desprende nuestra primera contradicción a revisar, en cuanto hace a los Delitos Especiales, ya que si los Delitos no son sancionados por leyes penales y rigiéndose con apego estricto a lo dispuesto por el legislador, tratándose de Delitos Especiales al ser contemplados en ordenamientos diversos a las leyes penales, en consecuencia no son delitos.

2.- ¿La denominación Delitos Especiales es la correcta?

Al hallarnos con un tipo penal, y al observarlo no desde la perspectiva de la teoría jurídico penal, sino en la práctica forense; sólo al momento de actualizarse el tipo penal, y sea declarada formalmente la existencia de un delito, por medio de una sentencia judicial, estamos en condiciones de llamarlo delito, por lo que la denominación correcta pareciese ser Tipos Penales Especiales.

Al respecto Martínez Bastida apunta:

“El suscrito considera que la denominación correcta a usar en la materia de estudio es la de “Tipos Penales Especiales”, en vez de “Delitos Especiales”;

tomando en cuenta que Claus Roxin creó la llamada teoría del tipo total, y según este autor el tipo penal no solamente está integrado por los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo (que constituyen el núcleo del injusto de todo delito), sino que también se agregan la culpabilidad (capacidad de imputación y conciencia del injusto), las condiciones de punibilidad (sólo en determinados tipos penales), de lo anterior tenemos que el tipo penal contiene todos los elementos que fundamentan la antijuricidad de la conducta, pero también contiene los elementos que la excluyen...toda figura delictiva presupone una conducta, ya por hacer o bien por omitir, dicha conducta debe estar prevista en el ordenamiento penal, esto es tipificada....”⁵⁴

3.- La contradicción al exterior de la definición de Delito contemplada en el artículo 6º del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, en el cual en la parte relativa establece:

“Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta...”

Aquí es donde se encuentra la contradicción, con lo establecido por el artículo 7º antes mencionado, el cual dispone que “es” un delito, y que debe estar sancionado por las leyes penales; ahora bien en este artículo 6º refiere que un delito puede no estar previsto en el código de la materia, pero sí en una ley especial.

Estas contradicciones crean confusiones, en cuanto a la falta de precisión de los términos utilizados, y de las disposiciones normativas.

En este devenir de ideas para esclarecer la naturaleza del término Delitos Especiales, podemos recurrir a los conceptos unitario y diferenciador de norma jurídica expresados, entre otros por Miguel Polaino Navarrete:

⁵⁴ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 50.

“Los conceptos de Derecho y de norma son *correlativos*: existe una íntima correlación entre lo jurídico y lo normativo (así como, paralelamente, entre lo antijurídico y lo antinormativo). El Derecho implica siempre una pluralidad de normas, de modo que la vulneración del Derecho (antijuricidad) implica una vulneración de una norma (antinormatividad). Tal concepto unitario de la norma jurídica parte de la concepción del Ordenamiento jurídico como una unidad...frente al concepto unitario de norma , la *concepción diferenciadora* sostiene que existen tantas normas como sectores del Ordenamiento, de modo que la infracción de una norma penal no conlleva una antijuricidad civil, ni administrativa ni fiscal, sino precisamente penal. La *especialidad de la norma jurídica* vendría dada, en consecuencia, por la *especialidad de la materia* que trata de regular.”⁵⁵

De lo anterior y tomando en cuenta la concepción diferenciadora; podemos concluir que si la especialidad de la norma jurídica viene dada, en derivación, de la especialidad de la materia que trata de regular, estamos hablando de un orden y de certeza jurídica, pero en cuanto hace al término Delitos Especiales, nos remiten a una diversidad de cuerpos normativos de distintas materias lo cual manifiesta por sí solo el desacierto del término Delitos Especiales.

2.3 LA UBICACIÓN DOCTRINAL DE LOS DELITOS ESPECIALES

Ahora veamos doctrinalmente el lugar donde se ha situado a los Delitos Especiales, y siguiendo a Martínez Bastida tenemos la siguiente clasificación:

El ordenamiento penal se divide en: Ley Penal Fundamental (Código Penal) y Leyes Especiales.

A su vez la Ley Penal Fundamental (Código Penal) se divide en una Parte General que contiene: Introducción, Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito, Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad y la Parte Especial que contiene: Delitos en Particular, Penas y Medidas de Seguridad aplicables al caso concreto.

⁵⁵ Jakobs, Günther, Polaino Navarrete Miguel, López Betancourt Eduardo. ***Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista***. Editorial. Porrúa. México. Primera edición. 2006 Pp. 149-150.

Y por su parte las Leyes Especiales se componen por: Disposiciones Propias de la Materia, Parte General (Teoría del Delito) y Parte Especial (Delitos en particular)⁵⁶

Martínez Bastida considera que esta clasificación es novedosa pero tiene ciertas desventajas tales como:

- a) Dispersa los delitos que deban integrarse solamente en la ley penal fundamental (Código Penal);
- b) Las leyes no penales que contemplen en su articulado “un” delito transformarían por ese solo hecho su naturaleza jurídica en leyes penales, y
- c) Se pierde la esencia de lo que por definición es un Código.⁵⁷

Nosotros podríamos agregar que; pareciese ser que esta clasificación justifica únicamente su ubicación, ya que los aparta del cuerpo normativo a los que corresponden, por lo que se advierte que es una clasificación basada en el actual estado en que se encuentran, carente de orden y sistemática funcional; lo cual da como resultado el caos normativo en el que nos encontramos.

Al respecto de la desorganización normativa penal el doctor Ricardo Franco Guzmán escribe: “...a lo largo del siglo XX hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales y de procedimientos penales en toda la República. No ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos. Estamos en el completo caos...”⁵⁸

Es importante destacar que en la búsqueda de la ubicación doctrinaria de estos Delitos Especiales, nos encontramos con desconciertos ya que los diferentes investigadores de la materia justifican el estado actual y yerran al momento de clasificarlos; en este orden de ideas retomamos lo propuesto por la doctora Verónica Román Quiroz cuando escribe: “Para que el Derecho Penal pueda seguir cumpliendo su misión de proteger bienes jurídicos y no sólo genere la sensación ilusoria de seguridad, por medio del fetiche de una legislación

⁵⁶ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 52.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Nava Garcés Enrique Alberto. *Análisis de los Delitos Informáticos*. Primera edición. México. Editorial Porrúa. P. 44.

simbólica, han de reformarse cuidadosa y simultáneamente todos y cada uno de los dispositivos contenidos en los sustentos secundarios para armonizarlos con el respectivo primario. Pues las tendencias legislativas dominantes en el momento actual dan pauta a la más amplia arbitrariedad.”⁵⁹

Al asignarles una ubicación los diferentes expertos de la materia se encuentran en una problemática ya que por un lado, ejemplificativamente: en cuanto a las leyes especiales Fernando Castellanos Tena reconoce que pertenecen al campo penal, pero al momento de clasificar al derecho penal en cuadros esquemáticos se olvida de los delitos previstos en leyes diversas al Código Penal.

Y por su parte Eduardo López Betancourt señala que: “El derecho penal se divide en Derecho Penal parte general, Derecho Penal parte especial o delitos en particular y delitos especiales.”⁶⁰ Actualmente los Delitos Especiales cuentan con autonomía doctrinal, debido a la clasificación elaborada por Eduardo López Betancourt en el año de 1967, y la autonomía legislativa se materializa en los ordenamientos jurídicos no penales, elaborados por el legislador, en el capítulo de “Delitos”, en su cuerpo normativo.

En este sentido si se quiere ver al derecho penal, desde un punto de vista funcionalista, podríamos hablar de que necesita en este rubro un cambio en cuanto a la codificación penal y muy específicamente en relación a los Delitos Especiales, lo cual es factible en conexión a la teoría conocida como *funcionalismo o teleologismo*, Álvaro Orlando Pérez Pinzón citado por Eduardo Montealegre Lynett señala que ésta se caracteriza por:

“Querer generar nuevas ideas, reordenar o reubicar conocimientos, construir un sistema abierto, una teoría científica del sistema expandida, dirigida a trabajar las realidades y a pensar el derecho penal por sus *resultados*, por sus *consecuencias* [...] utilizar un sistema removible, elástico, modificable en cualquier momento, según la aparición de circunstancias nuevas que no deban ser tratadas de la misma manera sino, al contrario, incluso cambiando el propio sistema, si es necesario [...] conservar los conocimientos ya obtenidos por el derecho penal pero no elevarlos a la categoría de inmunizados, intocables o inalterables, pues ante determinadas circunstancias deben ser susceptibles de variaciones...”⁶¹

⁵⁹ Citada por Nava Garcés Enrique Alberto. *Ibidem*. P. 45.

⁶⁰ López Betancourt, Eduardo, et. al. *El Delito de Fraude*. Editorial Porrúa, México, 1997, p. 1.

⁶¹ Citado por Montealegre Lynett Eduardo, *El Funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Primera edición, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 123-124.

Resulta inevitable aceptar el cambio en virtud de que la realidad se encuentra en una permanente transformación, ello no quiere decir que haya que olvidarse de ciertos saberes, técnicas, métodos, y procesos que aún tienen utilidad y que nos beneficia como sociedad, sin embargo no debemos caer en el dogma y considerar que el derecho penal debe ser intocable.

2.3.1 CÓDIGO Y LEY PENAL ESPECIAL

La palabra código se deriva del griego kodix, kodikos y posteriormente del latín codex/icis.

Del latín cidicus, der. Regres de codicùlus, codicilio m. Cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico o sistemático.// 2. Recopilación de las leyes o estatutos de un país. ⁶²

Más allá de sus raíces grecolatinas, actualmente el Código es el producto de un proceso decodificador. Proceso que revisamos anteriormente en el presente trabajo. ⁶³

En este apartado es elemental, plantearnos dos aspectos:

- 1.- Remontarnos al aspecto histórico del Código Penal Mexicano.
- 2.- La Codificación y la sistemática de los delitos, ¿Cómo se debe organizar el derecho penal?

2.4 ASPECTO HISTÓRICO DEL CÓDIGO PENAL MEXICANO

Es indudable, la relevancia del estudio de la parte histórica del Código Punitivo, ya que representa las nociones básicas, para comprender su evolución. Es sustancial conocer el marco social, de nuestra patria, qué necesidades, tipo de vida, época, fueron los que dieron origen a nuestro primigenio cuerpo normativo punitivo, y en qué estructuras jurídicas y doctrinales se basó esta

⁶² *“Diccionario de la lengua española”*. Décimo novena edición. Tomo II. Madrid. Editorial Espasa-Calpe S.A. 1970

⁶³ Vid. Supra, cap. I.

creación, ya que representaría el lienzo donde se escribieron los cimientos de nuestro ordenamiento Penal actual.

Al respecto manifiesta el Doctor Marco Antonio Díaz de León:

“Todo estudio del derecho positivo en general, relativo a México, encierra y presume la noción histórica de nuestro pueblo y de su estructura jurídico-política. En efecto, cualesquiera que sean las definiciones que sobre el orden jurídico mexicano pueda darse, la misma por necesidad de estudio habrá de comprender sus inicios registrados por la Historia, es decir el derecho, surgido de las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado mexicano entra directamente en juego desde su génesis (...) la Conquista de México corresponde a uno de los episodios de mayor trascendencia por su singularidad e importancia (...) en él no únicamente se dio el surgimiento del nuevo mundo y la fundación de la raza cósmica – de muchas sangres y genes, la del mestizaje-, sino que, al mismo tiempo, implica la fusión coactiva y eficaz de un sistema de derecho europeo, como el español, que impunemente se impuso a las formas de vida social y política prehispánica, modificando obviamente de manera radical entre otras cuestiones fundamentales el *status* jurídico y la lucha por el derecho de que nos hablara Von Ihering (..) en lo relativo a la justicia penal implantándose así violentamente el novedoso sistema que importaron los conquistadores, con modalidades que en esta materia prevalecían en Castilla a principios del siglo XVI..”⁶⁴

Así mismo el Doctor Díaz de León, refiriéndose a nuestra Historia Punitiva, enfatiza la relevancia de contemplarla mediante el análisis de la compleja estructura sociopolítica en que se asienta la jurídica que regula nuestro derecho tanto sustantivo como adjetivo, y la comprensión de la Historia de México, de su pueblo y gobierno continúa:

“Nuestra justicia penal moderna surge de la invasión de los españoles, de los despojos y violaciones que cometieron en México y de las normas jurídicas que importaron de España. De esta forma, uno de los ingredientes legales que regularon el enjuiciamiento penal, fue el derivado del Derecho Castellano impuesto por los conquistadores en las tierras mexicanas apropiadas”.⁶⁵

Al conocer estas condiciones en las que se venía gestando la aparición de nuestro Código originario, cabe preguntarnos ¿Cuál fue el primer Código Penal en México? En 1835 se promulga el primer Código Penal para un Estado de la República Mexicana.

Habría que decir también al respecto de este primer Código, que fue Benito Juárez; el precursor de la política criminal, en nuestro país. La situación social

⁶⁴ Díaz León Marco Antonio. “*Historia del Derecho Penal y Procesal Mexicanos.*” Editorial Porrúa. Tomo I, México. Primera edición 2005. P. 18.

⁶⁵ *Ibidem.* P. 19.

que enmarcaba la creación de este primer Código Díaz de León la señala como sigue:

“A él se le deben los primeros códigos procesal penal y penal aplicables en el fuero federal mexicano (...) debemos reconocer que él promulgó la Ley de Jurados de 1869, así como el Código Penal de 1871. Juárez representa (...) al reformismo liberal de nuestro país (...) Así históricamente tocó al Presidente Benito Juárez la complicada tarea de poner en su debido lugar a la ambiciosa iglesia, de acabar con los privilegios político- económicos de ésta así como de su injerencia en los asuntos del gobierno, así como establecer después de ello el orden en un país desmantelado por la Guerra de Reforma y por la invasión de los franceses (...) de entre los instrumentos políticos de que Juárez se valió, principalmente, fue el orden jurídico al cual tuvo que fortalecer y, dentro de éste, principalmente, el sistema punitivo que permitiera perseguir la delincuencia dentro de un marco de derecho *ad hoc* que comprendiera al *ius punendi* y a las formas de enjuiciar”.⁶⁶

Dentro de este marco habrá que considerarse que este naciente Código Penal de 1871 dada su relevancia en nuestra nación, debemos mencionar que fue Benito Juárez quien instruyó a Martínez de Castro la Comisión redactora del mismo:

“...Juárez regresó a la capital del país donde retomó la Presidencia de la República a finales de 1867; designó en la Secretaria de Institución Pública a Antonio Martínez de Castro, a quien instruyó para que se continuara con el proyecto de un Código Penal (cuyo plan inicial databa desde 1862); en cumplimiento de estas instrucciones presidenciales, Martínez de Castro reorganizó y presidió la Comisión redactora del que fuera el primer Código penal federal mexicano...el Código en su totalidad se le presentó a Juárez el 15 de marzo de 1871, teniendo Juárez la satisfacción de promulgarlo, a unos cuantos meses antes de morir... el Código entró en vigor el primero de abril de 1872. El Código Penal de 1871 contiene 1152 artículos y 28 transitorios”.⁶⁷

De la expedición del inicial Código sustantivo en materia Penal tenemos por consecuencia la proyección del Código de Procedimientos Penales que no tardó en aparecer más que diez años, más tarde:

“...la expedición de un código Penal exigía la emisión de un código adjetivo sobre la materia; y fue en el año de 1880, cuando se promulgó el primer Código de Procedimientos Penales mexicano. Contempla el cuerpo del delito, la búsqueda y aportación de pruebas, además de contemplar derechos del acusado previstos desde la Constitución liberal de 1857.”⁶⁸

⁶⁶ Díaz León Marco Antonio. “*Historia del Derecho Penal y Procesal Mexicanos*.” Editorial Porrúa. Tomo I, México. Primera edición 2005. Pp. 309, 311.

⁶⁷ *Ibidem*. Pp. 312,313.

⁶⁸ López Betancourt Eduardo. “*BREVE HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN MÉXICO*” <http://www.grupotransicion.com.mx/sitev2/index.php> 20 de Noviembre de 2012. 20/Nov./2012 http://www.grupotransicion.com.mx/sitev2/index.php?option=com_content&view=article&id=10068:breve-historia-de-la-codificacion-penal-en-mexico&catid=44:eduardo-lopez-betancourt&Itemid=100

Para ese entonces ya figuraba Porfirio Díaz en el poder, periodo el cual se caracterizó por ser un sistema represivo, conducente a dominar a la sociedad y políticamente al individuo. En este tenor Díaz de León glosa:

“...el Derecho Penal fue utilizado como instrumento de control social por el Dictador, con objeto de mantenerse en el poder...las reelecciones de Porfirio Díaz como Presidente de la República y la injusticia social que imperaba en México, motivaron una reacción de parte de algunos liberales que comenzaron a unificar sus comentarios y acciones de protesta. Por ello fueron penalmente perseguidos...con fecha 26 de octubre de 1880 se promulgó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Este Código trató de cubrir íntegramente la laguna y desorden que e esta materia existía en México desde su independencia. Además de ello y de señalar con uniformidad y precisión las reglas adjetivas a aplicar en todos los procesos criminales, bajo el estricto principio de legalidad, estableció las competencias de las diversas autoridades y auxiliares de la administración de justicia, incluyendo ya lo correspondiente al Ministerio Público”.⁶⁹

Al llegar a este punto, habría que decir también que a este primer Código le subsiguieron el de 1894, (mantiene postulados teóricos del anterior e introduce disposiciones orientadas a nivelar la situación de Ministerio Público) y el de 1871 publicado el 18 de diciembre de 1908.

Más tarde, en 1903, el gobierno de Porfirio Díaz llegado el momento; encabezó una comisión que tenía por objeto revisar el Código penal de 1871. Lo que es importante es que este Código, fue fundado primordialmente en una visión positivista.

Debemos agregar que en cuanto a sus características redactoras contenía algunas faltas, en vista de todo lo anterior; sin duda alguna surgió la necesidad de crear un nuevo cuerpo normativo que dio origen a nuestro Código Penal vigente:

2.5 LA CODIFICACIÓN Y LA SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS.

¿Cómo se debe organizar el Derecho Penal? Si consideramos que las características esenciales del Código son:

- a) Un conjunto de preceptos jurídicos que se refieren a una sola rama del Derecho en un solo cuerpo;

⁶⁹ Díaz León Marco Antonio. “*Historia del Derecho Penal y Procesal Mexicanos.*” Editorial Porrúa. Tomo I, México. Primera edición 2005. P. 521.

- b) Pueden ser de Derecho adjetivo o sustantivo;
- c) Es sistemático;
- d) Busca permanencia y orden.⁷⁰

Esto nos conduce a buscar tales características en un ordenamiento Penal. Unidad, sistematicidad, permanencia y orden, mismas que desafortunadamente no encontramos en nuestro cuerpo normativo de análisis. Otras características que deben estar contenidas en un conjunto de leyes, las señalan Acosta Romero y López Betancourt:

“... las funciones que preponderantemente deben aceptarse como características de la codificación, para que esta sea considerada como relevante, se resumen la simplificación formal de la ley, en la sistematización de la misma y en la capacidad de reforma. Desde las primeras colecciones legales se advierte que un código, es un libro de pergamino que supera la vastedad del rollo de papiro y que en él, se agrupan las leyes dispersas en múltiples documentos, como ocurría con los códigos del bajo Imperio Romano, y las codificaciones europeas del siglo XVIII. La de Prusia y las Norteamericanas....el uso de clasificaciones lógicas, la formulación de conceptos y principios generales de mayor comprensión a los preceptos legales, tiene por consecuencia el relieve que debe dársele a la función de sistematización, como puede ilustrarse con los códigos Alemanes que, aunque no han aportado reformas profundas al derecho privado, han logrado exposiciones más científicas mediante la inclusión de una parte general en la que constan las Instituciones comunes.”⁷¹

Al realizar un análisis de las anteriores características podemos advertir que nuestro actual cuerpo normativo no cumple ni con las primeras características en cuanto a la unidad ya que existen una diversidad de normas penales contempladas en un sinnúmero de cuerpos normativos, por lo que no podemos hablar de que tienen un orden, y en consecuencia de una sistematicidad.

Ahora bien por lo que respecta a las segundas características planteadas, simplificación formal de la ley, sistematización y capacidad de reforma, en cuanto hace a la simplificación formal de la ley, se desprende que no existe tal en virtud que cada día existe más complejidad normativa, la segunda característica ya la hemos planteado con anterioridad y en cuanto a su capacidad de reforma, (se refiere a la flexibilidad del mismo, la cual esta fundamentada en los principios generales en que se sustenta), de haber tal característica en nuestro actual sistema normativo Penal no existiera el fenómeno de decodificación en el que estamos viviendo.

⁷⁰ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 56.

⁷¹ Acosta Romero Miguel, López Betancourt Eduardo. *“Delitos Especiales”*. Sexta edición, México. Editorial Porrúa, 2001. P. 5.

Dentro de este contexto volvamos a examinar, a los delitos previstos en leyes distintas de la penal (bajo el criterio de Martínez Bastida):

- a) Rompen con la unidad fundamental del Código Penal
- b) Crean dispersión de delitos, que traen como consecuencia desconocimiento tanto en los juristas como en la sociedad en general;
- c) Estos delitos especiales son elaborados por los mismos legisladores que realizaron la ley no penal y no por verdaderos especialistas: los doctos en Derecho Penal;
- d) El fin del Derecho Penal es regular y castigar hechos que afecten directa e indirectamente a la comunidad y mediante la intimidación y el castigo resarcir el daño a la sociedad y regenerar al delincuente, en cambio los delitos especiales surgen para salvaguardar o proteger los intereses de una institución o autoridad, persiguiendo la venganza de la autoridad, sin importar los efectos dañinos de esta sanción para el particular y para la propia sociedad,
- e) Hay duplicidad o repetición de tipos y remisiones al Código Penal que se pueden evitar con la reunión de los delitos en el Código de la materia;⁷²

Es conveniente aquí resaltar el gran esfuerzo realizado por el seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el que se ha llevado a cabo el estudio teórico y dogmático de numerosos delitos especiales.

Observemos cómo, de estas características revisadas procede la naturaleza misma de los llamados Delitos Especiales, que no son otra cosa que aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito.

2.6 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Observemos que el artículo 6º del Código Penal Federal, en su primer párrafo *inicialmente* permite la existencia legal de delitos no especificados en el ordenamiento penal, *segundo* faculta a las leyes especiales así como a los tratados internacionales de carácter obligatorio en México, *tercero* en su caso

⁷² Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. **Delitos Especiales**. P. 57.

la supletoriedad del Código Penal, *cuarto* en el concurso aparente de normas el principio de especialidad, *quinto* y último el interés superior de la infancia.

“**Artículo 6o.**- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

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

En caso de delitos cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes siempre se procurará el interés superior de la infancia que debe prevalecer en toda aplicación de ley.”⁷³

El artículo en comento de acuerdo a Martínez Bastida presenta las siguientes características:

- a) Estos delitos se encuentran tipificados en leyes de naturaleza jurídica no penal.
- b) Prevé la posibilidad de que se encuentren tipificados delitos en algún tratado internacional;
- c) La ley especial puede plantear sus propias disposiciones generales,
- d) El código penal se aplica supletoriamente respecto del Libro Primero y en su caso las del Segundo;
- e) Regula el concurso aparente de normas, recogiendo expresamente el principio de especialidad para resolver los distintos conflictos que se originen entre normas del ordenamiento penal y la ley especial o el tratado internacional.⁷⁴

Sin embargo podría pensarse que estas conductas tipificadas en cuerpos normativos no Penales, constituyen su característica “especial” por alguna situación que las privilegia del resto de conductas penales, nada más alejado de la realidad, pero subyace en este término la posibilidad de este pensamiento, como de alguna manera también lo exponen Acosta Romero y López Betancourt:

“...Aceptados por el artículo 6º del propio Código Penal, se refieren a situaciones jurídicas abstractas determinadas, contenidas en leyes no privativas, ni prohibidas por el artículo 13 constitucional; es decir son impersonales, generales y abstractas y pensamos, podrían llegar a constituir un Derecho Penal especializado con ciertos atributos derivados de la naturaleza de las leyes administrativas, o bien, de delitos que están matizados por circunstancias agravantes

⁷³ DOF. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

⁷⁴ Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. **Delitos Especiales**. P. 58.

de responsabilidad o penalidad, en función de los intereses jurídicos que pretenden proteger dichas leyes al tipificar esos delitos...”⁷⁵

Tenemos en consecuencia que los Delitos Especiales se han incrementado, en nuestro país, a tal punto que rebasan cuantitativamente a los que están contenidos en el Ordenamiento Penal Federal.

“... de tal manera que, en 1989, podría afirmar con certeza, que existen más delitos tipificados en leyes administrativas que aquellos que están definidos en el Código Penal, poniendo en cuestionamiento lo que dispone el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 7º de que, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, puesto que las leyes administrativas en una interpretación estricta no son leyes penales, a menos de que se considere, de que en su capítulo de sanciones sí lo son.”⁷⁶

Por otro lado tenemos que el artículo 7º del Código Penal Federal, en su parte relativa señala:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales....”

“Bajo este esquema serán delitos aquellas conductas que estén tipificadas como tales en leyes penales...”⁷⁷

No estamos lejos de ver cómo ambos artículos se contradicen en cuanto que es un delito y su ubicación, pero al mismo tiempo resultan ser el fundamento legal para la existencia de estos “tipos penales”, situación que día a día va en aumento y que se puede observar en los demás cuerpos normativos, y que nos puede llevar al caos, como ya lo habíamos analizado anteriormente en este trabajo.⁷⁸

“Resulta que en materia de tipificación de delitos, las leyes especiales, llegan a tener tanta importancia que el Código Penal resulta insuficiente y además en muchos casos, esas leyes en materia de delitos muestran falta de técnica legislativa y esto trae como consecuencia inseguridad jurídica, imprecisión e inestabilidad respecto al Código penal, y tal parece que el régimen de los delitos especiales es mucho más represivo que el del Código Penal, porque en

⁷⁵ Acosta Romero Miguel, López Betancourt Eduardo. *“Delitos Especiales”*. Sexta edición, México. Editorial Porrúa, 2001. Pp. 12,13.

⁷⁶ *Ibidem*. P. 13.

⁷⁷ Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. Segunda edición, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. DE C.V. 2004. P. 58.

⁷⁸ Vid. *Supra*, cap. II.

la mayoría de los casos el término medio aritmético de la pena es superior a 5 años, lo que hace inoperante a la libertad bajo fianza y a la condena condicional.”⁷⁹

2.6.1 PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DELITOS ESPECIALES

Admito aquí que el tema de los principios rectores de los Delitos Especiales, nos remite a la dogmática jurídica, su importancia es tal que integran los ejes sobre los que debiera descansar la codificación mexicana por lo que Fernando Castellanos nos manifiesta al respecto:

“...Para Eugenio Cuello Calón, la Ciencia del Derecho Penal es *el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad*. Se trata de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas que definen los actos seriamente trastornadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión [...] La Dogmática jurídico-Penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.”⁸⁰

El aspecto normativo del Derecho Penal Especial no puede mantenerse al margen de los principios fundamentales del Derecho Penal.

“...la Ciencia del Derecho Penal integrase por principios cuyo objeto, es, desde luego, el estudio de las normas positivas, pero también, como expresa el maestro Villalobos, fijar la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado”.⁸¹

En este orden de ideas revisemos los principios que rigen a estos Delitos Especiales:

Principio de Verdadera Especialidad

Los delitos previstos en otras leyes deben gozar de un carácter técnico o específico por:

- a) Cualidades de los sujetos,

⁷⁹ Acosta Romero Miguel, López Betancourt Eduardo. *“Delitos Especiales”*. Sexta edición, México. Editorial Porrúa, 2001. P. 14.

⁸⁰ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Trigésima séptima edición, México, Porrúa, 1997. P. 24.

⁸¹ Ídem

- b) Cualidades del objeto,
- c) Naturaleza de la materia⁸²

Principio de Especialidad

Cuando un mismo hecho es regulado por dos normas, será aplicable la especial.

Principio de Sistematización

No deben existir repeticiones innecesarias o duplicidad de tipos de los delitos ya existentes en el Código Penal.

Principio de Congruencia

Los capítulos de delitos que se inserten en leyes especiales deben coincidir con los fines del derecho penal.

Principio de Transparencia

La claridad y precisión de las normas que establecen delitos en leyes dispersas al Código Penal repercutirá en la Seguridad Jurídica de los gobernados.

⁸² Op. Cit. Martínez Bastida, Eduardo. *Delitos Especiales*. P. 59.

“El estructuralismo no es un método nuevo:
Es la conciencia despierta e inquieta del saber moderno”.

Michel Foucault

CAPITULO III

BASES FILOSÓFICAS, SOCIOLOGICAS, ÉTICAS Y POLÍTICAS DEL SISTEMA PENAL

3.1 HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO PENAL CONTEMPORÁNEO

Comencemos nuestro recorrido histórico con la fundamental problemática tradicional iuspositivista y iusnaturalista. Las orientaciones consolidadas como lo son el iusnaturalismo, y el iuspositivismo, venían planteando una serie de problemáticas excesivamente polarizadas una de otra, sin querer admitir la posibilidad de un proceso dialéctico, para resolverlas, el realismo jurídico viene a incorporarse como una corriente, que plantea problemáticas de diverso índole, a las ya tradicionales.

Por parte del iusnaturalismo se tiene como representante a John Finnis, por el iuspositivismo autores como Neil MacComirck, Ota Weinberg, o Joseph Raz; al realismo jurídico los Critical Legal Studies.⁸³

Debemos tener en cuenta que a partir de la década de los años setenta, al día de hoy, se ha desencadenado una serie de ópticas divergentes entre sí, lo cual ha enriquecido notablemente la esfera filosófica jurídica, al aportar cada una de ellas una particularidad del todo que conforma esta materia.

Existen algunas características que distinguen la problemática iusfilosófica de nuestros días a la clásica, desde la incorporación de hallazgos científicos, planteamientos bioéticos, informática, psicología, sociología, TIC's, etc. Hasta la globalización que ha permeado los ámbitos filosófico jurídicos. Resulta que a partir de estas innovaciones, surgen nuevas preguntas, tanto a problemas

⁸³ Faralli Carla. *La filosofía del Derecho Contemporánea*. Editorial Ciudad Argentina. Madrid. 2007. P. 134.

nuevos, como a los planteamientos de antaño, creando una *ecología social* fértil para nacientes posturas.

En este sentido Stephen Jay Gould dice al respecto de la ciencia: “La ciencia avanza tanto haciendo nuevos descubrimientos como criticando las conclusiones de otros;”⁸⁴ lo cual resulta muy certero, el poder vislumbrar otros panoramas a partir de cuestionamientos planteados con anterioridad desde una perspectiva crítica, ya que abre un abanico de posibilidades intelectuales.

El modelo positivista entró en crisis a finales de los años setenta. El positivismo jurídico estudia al Derecho en su estructura normativa, pero no debemos olvidar que el Derecho, no sólo está constituido por normas, las directrices que guían esas normas, también forman parte de él, y es necesario estudiarlas, y analizarlas, por lo tanto resulta insuficiente únicamente observar una faz mientras se tiene una diversidad de ellas.

Manifestando el curso histórico de estas posturas tanto del iuspositivismo como del iusnaturalismo, forman parte de un proceso dialéctico. El iuspositivismo ha querido dotar de objetividad al Derecho, dejándolo desprovisto de la parte valorativa del iusnaturalismo, lo cual puede resultar muy peligroso, ya que es posible que desemboque en tremendas injusticias, como las perpetradas durante el gobierno de Adolfo Hitler, justificadas en nombre de la *Ley positiva*. El iusnaturalismo por su parte requiere de la objetividad del iuspositivismo para no *perderse* en la subjetividad.

Pero simultáneo a la problemática tradicional jurídica, en la sociedad empezaron a surgir cambios tecnológicos y científicos de importancia en el siglo XX, y consecuentemente existieron transformaciones en cuanto a paradigmas que se venían gestando gracias a estas innovaciones, en este sentido tenemos que si bien es cierto que en 1949 y 1955 W. Ross Ashby y Robert Weiner desarrollaron la teoría matemática de la comunicación y control de sistemas a través de la regulación de la retro alimentación (cibernética) también lo es que Ludwig von Bertalanffy en 1968 presenta su obra *La Teoría General de Sistemas*, en la cual parte de los problemas como han surgido en

⁸⁴ Jay Gould Stephen. *La falsa medida del hombre*. Editorial Crítica. Barcelona. 1997. P. 21.

varias ciencias y muestra la necesidad del punto de vista de los sistemas lo desarrolla, merced a una selección de ejemplos ilustrativos. Esta teoría resulta paralela al estructuralismo francés (Piaget, Levi-Strauss) y ejerce influencia sobre el funcionalismo sociológico estadounidense.

SISTEMAS

Resulta inevitable mencionar el nombre de Georg Wilhelm Friedrich Hegel nació en Stuttgart, Alemania corriendo el año de 1770, entre su extensa obra queremos indicar *Differenz des Fichteschen und Schellinfschen Systems der Philosophie* 1801, ya que utiliza el término *sistema de la filosofía*.

Hegel creó con su dialéctica un sistema filosófico de gigantescas proporciones, tal que jamás antes ni después de él se ha desarrollado otro que le supere en amplitud y detalle. Resumía meritoriamente las ideas filosóficas de Descartes, Hume, y Kant. El sistema lo divide en: lógica, filosofía de la naturaleza y filosofía del espíritu.

- La lógica trata de la idea en su “ser en sí” y “para sí”;
- La filosofía de la naturaleza, de la idea en su ser “fuera de sí” (ser otro);
- La filosofía del espíritu, de la idea en su retorno a sí misma, en su “ser dentro de sí”.⁸⁵

La determinación de dichas leyes dialécticamente concatenadas entre sí, revelará la existencia de una única estructura racional de todo el Universo.

Su pensamiento aspira concertar espíritu y naturaleza, lo universal y lo particular, lo ideal y lo real. Sin embargo consideraba que dichas leyes dialécticas sólo regían el desarrollo del espíritu, no el de la naturaleza y la sociedad. Ubicando a Hegel dentro del idealismo.

Dando un gran salto en la línea del tiempo tenemos que en:

1940. La teoría general de sistemas (TGS) o teoría de sistemas surgió en el campo de la biología resulta un estudio interdisciplinario que intenta hallar las características similares a entidades llamadas sistemas. Estas entidades las

⁸⁵ Hirschberger Johannes. *Historia de la filosofía II. Edad moderna, edad contemporánea*. Tercera edición. Trad. Martínez Gómez Luis. Editorial Herder. Barcelona. 1970. P. 268

encontramos en los diversos aspectos de la realidad, pero que tradicionalmente son objetivos de disciplinas académicas diferentes. Su nacimiento se le concede al biólogo austriaco Ludwig von Bertalanffy.

Bertalanffy le da al nombre de Teoría General de Sistemas un significado amplio, y lo aborda a través de tres ejes.

1.- Como “ciencia de los sistemas”, la explicación de los sistemas (de las varias ciencias...), con la teoría general de los sistemas actuando en doctrina de principios aplicables a todos los sistemas.

2.- Como “tecnología de los sistemas”.

3.- Como “filosofía de los sistemas”, nuevo paradigma científico, dividido a su vez en tres partes, *ontología de sistemas* ¿qué se entiende por sistema?, la *epistemología de sistemas* y “valores”.⁸⁶

Otros que han hecho referencia a sistemas, como los componentes intuitivamente diferenciales de la noción de *sistema abierto* aparecen en un trabajo de Wolfgang Köhler publicado en 1938, si bien su rigurosa caracterización biofísica en términos de “estado uniforme” y de “proceso irreversible” debe atribuirse a Burton en 1939 y al propio Von Bertalanffy en 1940.⁸⁷

Con respecto a la Teoría General de los Sistemas podemos apuntar que ha generado adeptos y críticos alrededor de la misma. Pero independientemente que estemos o no de acuerdo a lo que hay en ella planteado debemos reconocer que generó una nueva perspectiva filosófica, inclusiva de avances científicos, y problemáticas actuales.

Una crítica expresada por Alberto Hidalgo Oviedo en la cual trata de evidenciar las contradicciones y ambigüedades insertas en los planteamientos de esta teoría, tilda a Bertalanffy de utilizar en su discurso una entonación profética y paranoica, con delirios de grandeza y nos invita a reflexionar primeramente si no estamos frente a una empresa científica con recursos filosóficos, ¿en qué

⁸⁶ Von Ludwig Bertalanffy. *Teoría General de Sistemas*. Fondo de cultura. México. 1986. Pp. XIII, XIV, XV.

⁸⁷ Hidalgo Oviedo Alberto. *El “sistema” de la Teoría General de los Sistemas*. El Basilisco, número 1, marzo-abril 1978, www.fgbueno.es

sentido? Oviedo parte de un análisis de los tres ejes fundamentales de esta Teoría y manifiesta que no es nada nuevo lo que se traza en esos tres ejes.

Los concibe no como un conjunto de técnicas nuevas aplicables a problemas específicos. Más bien que correspondían a otras disciplinas:

“... las nociones básicas y la solución de problemas tecnológicos concretos los habían aportado ya disciplinas como la teoría del control y la información para la “llamada ingeniería de sistemas”, la programación lineal y la teoría de los juegos “investigación operativa”, y la biomecánica, la teoría de la decisión, la psicología aplicada, etc., en lo que concierne a la “ingeniería humana”.⁸⁸

Y en el terreno filosófico plantea que sus estimaciones tienen consecuencias fundamentalmente epistemológicas, ya que asigna a la ontología de los sistemas la aséptica misión de definir el concepto de sistema en sus aspectos real y conceptual.

Entre los diferentes niveles planteados por Bertalanffy se da una uniformidad estructural manifestada a través de isomorfismos parciales de carácter formal, uniformidad que parece matizar el relativismo de los niveles.⁸⁹

FUNCIÓN

70's. Ahora bien, por lo que respecta a la función del Derecho; en los años setenta, Norberto Bobbio se acerca a una Teoría del Derecho de tipo funcional, pensando el acercamiento para adecuar la Teoría del Derecho a las transformaciones de la sociedad contemporánea. Obra titulada *Dalla Struttura alla funzione*.

Para Norberto Bobbio el Derecho no es un sistema cerrado e independiente: es respecto a los sistemas sociales considerados en su complejidad, un subsistema que está junto, en parte se superpone y en parte se contrapone a otros subsistemas y lo que lo distingue de los otros es la función.⁹⁰

⁸⁸ Op. Cit. Hidalgo Oviedo Alberto. P. 59.

⁸⁹ *Ibídem* P. 60.

⁹⁰ Faralli Carla. *La filosofía del Derecho Contemporánea*. Editorial Ciudad Argentina. Madrid. 2007. P. 146.

Paralelamente Scarpelli comienza a revisar la bioética. Robert Alexy intenta integrar los resultados de la tradición analítica inglesa con la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermass.

Estructuralismo

La innovación tecnológica y científica, ha creado nuevas y diversas problemáticas, las cuales a su vez requieren nuevas y diversas respuestas, por lo que se ha recurrido a que la aplicación de estas teorías se trasladen, al ámbito de las ciencias sociales. Esta extrapolación no es nueva, a manera de ejemplo baste recordar cuando Descartes unió la geometría coordenada con el álgebra, inventando la geometría analítica, sirvió a la física y también a la filosofía. Tratándose de Estructuralismo se conjugó la lingüística y la antropología veamos. Resulta significativo saber ¿Cuáles filósofos figuran en el pensamiento estructuralista? El banquete estructuralista: el de los cuatro mosqueteros, que esta vez eran cinco. Michel Foucault, Louis Althusser, Roland Barthes, Jackes Lacan, y el padre de todos ellos: Claude Lévi-Strauss⁹¹ (1908-1995) Quien estudio profundamente el lenguaje humano y descubrió que las mismas estructuras del lenguaje, se manifiestan en los parentescos humanos.

En esta búsqueda del nacimiento del estructuralismo encontramos que germina entre los psicólogos para oponerse a la psicología funcional a comienzos de siglo, pero el verdadero punto de partida en su acepción moderna a escala de todas las ciencias humanas proviene de la evolución de la lingüística.

El término estructuralismo se fue difundiendo y la escuela de Praga (Troubetzkoy y Jakobson) es la que va a extender el uso de los términos estructura y estructuralismo. ...Hjelmslev, funda en 1939 la revista Acta lingüística, cuyo primer artículo trata de "lingüística estructural".⁹²

Dentro del estructuralismo existen bifurcaciones importantes las cuales aludiremos de manera únicamente enunciativa ya que el profundizar en cada una de ellas escapa a los límites del presente trabajo tenemos que:

⁹¹ Dosse Francois. *Historia del estructuralismo. Tomo I el campo del signo, 1945-1966*. Editorial Akal. España. 2004. P. 11.

⁹² *Ibidem*. P.12.

Estructuralismo cientifista por Claude Lévi-Strauss, Algirdas-Julien Greimas o Jacques Lacan un estructuralismo más flexible semiológico Roland Barthes, Gérard Genette, Tzvetan Todorov o Michel Serres...y un estructuralismo historizado o epistémico Louis Althusser, Pierre Bourdieu, Michel Foucault, Jacques Derrida, Jean Pierre Vernant.⁹³

1966 fue el momento faro de este periodo y Nueva York se convierte en el lugar decisivo de elaboración de una antropología estructuralista, gracias a un encuentro entre Lévi-Strauss y su colega lingüista de la New School, Roman Jakobson, exiliado como él y que da cursos de fonología estructural en francés.

Michel Foucault manifestó públicamente quien fue la persona que ejerció en sus ideas cierta tendencia, en *Le Monde* declara que Georges Dumézil tiene el papel principal entre las influencias que ha recibido: “por su idea de estructura. Como Dumézil hace con los mitos, he intentado descubrir normas estructuradas de experiencia cuyo esquema pueda encontrarse con modificaciones en niveles diversos”.⁹⁴

Una clara evidencia del movimiento intelectual que se estaba originando y consolidando, se percibe en 1959 con la ocasión de dos encuentros importantes. Por una parte, Roger Bastide organiza un gran coloquio en enero alrededor de la noción de estructura. Por otra parte, Maurice de Gandillac, Lucien Goldmann y Jean Piaget presiden el coloquio de Ceris alrededor de la confrontación entre génesis y estructura.

1982. Alberto Montoro nos muestra la corriente del estructuralismo jurídico. Montoro cita las posturas de Antonio Hernández Gil, Luis Legaz, Lecambra y Nicolás López Calera, tomando en cuenta que esta tendencia de post guerra surgida prácticamente en los 60, no ha habido intentos serios de su aplicación al derecho ni mucho menos una formulación estructuralista propia de la ciencia jurídica.⁹⁵

⁹³ *Ibidem*. P.13.

⁹⁴ *Ibidem*. P. 177.

⁹⁵ Morales Lizárraga Eduardo Miguel. *Corrientes contemporáneas de la filosofía del Derecho (1981-2011). Una cartografía del pensamiento jurídico actual*. Documento de trabajo. 2011. Citado con autorización del autor. Pp. 9, y 10.

Resulta interesante analizar algunos planteamientos que Montoro hace respecto a lo que él considera antecedentes de esta línea del pensamiento y señala a *La verdad y las formas jurídicas* de Michel Foucault, editada en 1980 y parte de la obra de Norberto Bobbio, como parte de ellos.

Eduardo Miguel Morales Lizárraga considera corresponde a Montoro el primer intento serio de hacer estructuralismo jurídico en toda la línea iusfilosófica.

Así mismo expresa que en los linderos de la corriente estructuralista del derecho, encontramos la obra de Gillian Rose *Dialéctica del nihilismo*. La idea de la ley en el pensamiento posestructuralista, que recupera la jurisprudencia especulativa, la metafísica de la ley y las nociones de irracionalismo de la racionalidad instrumental, así como la racionalidad actuante de la relatividad a través de autores estructuralista y posestructuralistas como Derrida, Foucault, Levi-Strauss y Deleuze.⁹⁶

.

ESTRUCTURAL FUNCIONALISMO

Debemos advertir cómo a lo largo de la historia filosófica diferentes disciplinas se han conjugado para explicar nuestra realidad social, el Funcionalismo – Estructural no es una tendencia aislada, de hecho se fueron entre tejiendo las condiciones intelectuales para que se unieran la sociología organicista-positivista, la psicología, y la antropología social.

Así en este orden de ideas esta tendencia, adquiere de Herbert Spencer (1820-1903) el organicismo; de Emilio Durkheim (1858-1917) la causa que provoca un hecho social y la función social que desempeña en la sociedad.

Herbert Spencer de origen inglés, perteneció a una clase media ilustrada. No asistió al sistema escolarizado, ni a la Universidad, pero realizó altos estudios en escuelas particulares. Incluso poseyó un título de ingeniero civil. Propuso una síntesis de todas las ciencias, integradas en la Ley General de Evolución.⁹⁷

⁹⁶ *Ibidem*. P. 16.

⁹⁷ Cuevas Landero Guadalupe Elisa. ***Orígenes del estructural funcionalismo: Spencer, Malinowski y Radcliffe-Brown***. Segunda edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Estudios Superiores Acatlán. México. Pp. 15-16.

Para Spencer una sociedad es análoga a un organismo biológico debido a que también está constituida por diferentes órganos dispuestos, por sus características o propiedades básicas, en diferentes lugares de su estructura.

Emilio Durkheim perfeccionó el positivismo que había ideado Augusto Comte con el realismo epistemológico. Con una visión fundacional para la sociología y antropología. Pretendía descubrir “hechos sociales” estructurales en la sociedad.

Es relevante mencionar la presencia de Bronislaw Kaspar Malinowski (1884-1942) quien nace en Cracovia, Polonia. Obtiene el doctorado en matemáticas y física. En 1910 se instala en Inglaterra. El materialismo mecanicista, el difusionismo, la psicología de William James, la sociología durkheimiana y el psicoanálisis, inundan el ambiente de su época. Representa la continuación y superación de Spencer.⁹⁸

El funcionalismo como toda teoría trata de explicar los fenómenos que ocurren de continuo, no constituyen leyes acabadas e inmutables, por lo tanto debe tomarse en su justa dimensión.

Los tipos de funcionalismo más significativos son:

- El funcionalismo absoluto, establecido por Malinoswski.
- El funcionalismo relativizado, originado por Merton.
- El funcionalismo estructural. Este último enfatiza la relación entre las funciones y las partes del todo que las desarrolla.

La crítica que esgrime Cuevas Landero contra el funcionalismo primordialmente va en tres sentidos:

1. Fundar la descripción, comprensión y explicación de la sociedad, en la analogía orgánica; por constituir dos entidades tan clara y cualitativamente distintas...
2. Ignorar que el elemento material es sustancial en la interpretación y análisis de las sociedades. La inequidad económica y política como resultado de un desarrollo histórico materialmente determinado.

⁹⁸ *Ibíd.* Pp. 33,34, y 46.

3. Y por último, menospreciar a la historia como proceso de cambio, impulsado por fuerzas políticas y económicas; gestadas al interior de cada sociedad, en lo concreto, obedeciendo a las reglas inequitativas del poder.⁹⁹

SISTEMAS AUTOPOIETICOS

Cuando hablamos de sistemas, la asistencia del sociólogo Luhmann es ineludible. Luhmann a diferencia de Alexy quien se caracteriza por su concepción con una apertura estructural al mundo externo de la razón no jurídica (pragmática, ético-política, moral), sostiene que “nuestra sociedad diferenciada debe renunciar a integrarse desde el punto de vista moral”,¹⁰⁰ debido a su concepción de que la moral es un subsistema autónomo, por lo tanto la deja fuera del Derecho.

Niklas Luhmann (1927-1998) nace en Lunenburg, en el seno de una familia alejada de toda tradición universitaria o política su padre era proletario de una cervecería mientras que su madre era de origen suizo. Estudia Derecho en la Universidad de Freiburg, se incorpora a trabajar en la administración pública. En 1960 tuvo la oportunidad de tomar un año sabático: ese mismo año viaja becado para estudiar sociología y teoría de la administración en la Universidad de Harvard. Así es como llega a tener contacto con Parsons¹⁰¹. Se han realizado estudios comparativos entre las ideas de Parsons y las de Luhmann, ambos tienden a hablar en términos de sistemas, siendo este último que habla de funciones y de dinamismo.

¿Qué sucedía en México? En México en 1986 la UNAM edita la traducción de Rolando Tamayo y Salmerón a *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico, de Joseph Raz*. Autor importante dentro del positivismo excluyente junto con Norberto Bobbio destacado representante del análisis funcional del derecho. Cuando se entrelazaron

⁹⁹ Ibídem. P. 66.

¹⁰⁰ Faralli Carla. *La filosofía del Derecho Contemporánea*. Editorial Ciudad Argentina. Madrid. 2007. P. 155.

¹⁰¹ González Oquendo Luis J. *Presencia de Talcott Parsons en el trabajo teórico de Niklas Luhmann*. Reflexión política. Junio año/vol 5, número 010. Bucaramanga Colombia pp. 50-51 .

estructuralismo y funcionalismo en la versión de sistemas de Talcot Parsons, a través de Niklas Luhmann, surgió la teoría de sistemas que revolucionó el concepto de derecho como sistema de normas ya que incluiría sus funciones de hecho y sus relaciones y no solamente su estructura normativa formal.¹⁰²

Luhmann –dicho con sus propias palabras hizo dos críticas fundamentales a Parsons, en primer lugar no diferenció bien a la sociedad del sistema social. En segundo lugar los libros que Parsons elaboró sobre la sociedad “(...) no tienen un fundamento muy teórico que digamos”.¹⁰³

En su teoría Luhmann usa el término función, el cual es aplicado a las ciencias humanas y sociales en base a una analogía entre la vida social y la vida orgánica al estilo de Spencer. Continuando en los 80's. En la teoría general de los sistemas autopoieticos de Luhmann, la sociedad es concebida como un “un sistema social comprensivo” en el interior del cual se encuentran una serie de sistemas parciales o subsistemas, cuya función es la de reducir la contingencia y la complejidad social. Todo subsistema es autónomo.¹⁰⁴

1993. En este año se edita la obra de Niklas Luhmann *El derecho de la sociedad* (traducida y editada en español hasta 2002), bien podría constituir el pilar de toda una corriente de pensamiento autónoma que podríamos de nominar teoría sistémica del derecho. Desde la perspectiva del estructuralismo funcionalista y la teoría de sistemas.¹⁰⁵

Siguiendo esta línea histórica filosófica Niklas Luhmann manifiesta que: el derecho no es sólo sistema de normas sino una serie de relaciones funcionales entre partes que son personas, instituciones, hechos principalmente comunicativos, y relacionado a su vez con otros sistemas formando un sistema mayor que sería la sociedad en su totalidad.¹⁰⁶

Hemos realizado un recorrido histórico de las tendencias: Teoría General de Sistemas, Sistemas autopoieticos, Estructuralismo, y Funcionalismo las cuales de una forma se interrelacionan para dar forma a nuevas posturas.

¹⁰² Op. Cit. Morales Lizarraga Miguel Eduardo. Pp. 18, 19.

¹⁰³ Ibidem p. 51.

¹⁰⁴ Op.cit p. Faralli Carla. Pp. 154-155.

¹⁰⁵ Op. Cit. Morales Lizárraga Eduardo Miguel P. 24.

¹⁰⁶ Ídem.

3.2 PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO PENAL EN MÉXICO.

FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL Y SU CORRELACIÓN EN MÉXICO

En el ámbito del Derecho Penal, estas tendencias han penetrado, en nuestro país, surgiendo a su vez en diversas posturas filosóficas. En virtud de ello tenemos que el funcionalismo penal se presenta en dos vertientes, con sus exponentes Claus Roxin y Günther Jakobs.

Claus Roxin desarrolla cuatro tesis:

- ❖ Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.
- ❖ Las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad.
- ❖ La prevención es más efectiva que la pena.
- ❖ El sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo.¹⁰⁷

En opinión de la autora del presente trabajo de investigación, respecto de las cuatro tesis en mención, vinculándolas a su ejercicio de la profesión, como abogada litigante en materia penal, ha podido observar que los Reclusorios del Distrito Federal, cuentan con una sobrepoblación, lo cual indica que la lucha contra la criminalidad no va por buen camino, opuestamente a su disminución esta su incremento, las condiciones en las que viven, los reos carentes de medidas de higiene, insertos en la corrupción, y discriminación (ya no son considerados humanos dignos en el momento mismo de su ingreso, pierden a los ojos de los custodios, autoridades y sociedad, esa *dignidad*, independientemente del delito que haya cometido leve o grave, culpable ó inocente mientras permanezca allí y mucho tiempo después) el pago de listas, y fajina lejos de constituir cabalmente lo que se busca de un Centro de

¹⁰⁷ Ontiveros Alonso Miguel, Peláez Ferrusca Mercedes. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin*. Tomo I. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2003. P. 26.

Readaptación Social, los dotan de las condiciones para la reincidencia, (especialización en el crimen) y el resentimiento a las Instituciones.

La familia sufre una serie de vejaciones, y dificultades desde el momento que ingresan por la aduana ya no se les considera seres humanos dignos, son los “*familiares del condenado*”, por lo cual se les puede revisar, inspeccionar, o palpar, en cualquier momento, y tener el mismo trato que tiene un penado. Un custodio puede hablarles y tratarles despectivamente negándoles el paso si a su juicio subjetivo, la vestimenta que portan son de colores “*semejantes*” a los prohibidos, a menos que cuente con el dinero suficiente para que esa indumentaria ya no sea del color “*prohibido*” y la inaccesibilidad se convierta en una leve sonrisa y en un “*pase usted*”, convirtiéndose entonces el personal del Centro de Readaptación en toda una industria. Así, el familiar del convicto, también paga una pena que no está escrita en ningún código.

Lo cual nos lleva a preguntarnos ¿si esto que consideramos pena es la mejor solución a la criminalidad? a juzgar por los resultados que hemos tenido hasta el día de hoy, la respuesta es que no, segregar a estas personas, no quiere decir erradicar la problemática. Claus Roxin lo ha planteado claramente en sus tesis.

Con relación a ellas Barrón Cruz Gabriel hace una revisión de cada una, y si pueden tener o no alguna demostración, en la revisión histórica en México. Considerando que la ciudad de México era (es) una de las más peligrosas en el mundo. Ejemplifica con las políticas criminales que se utilizan y cada vez son más represivas entre otras que nombra, la llamada tolerancia cero, por parte de la “izquierda” (Andrés Manuel López Obrador). Así mismo, menciona el fracaso histórico de la pena de prisión, pues está no resocializa o readapta a los individuos. Las cárceles son un perjuicio para los reos y sus familias... Concluye que cada una de las tesis mencionadas se cumple.¹⁰⁸

Una Teoría es según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Conocimiento especulativo considerado con independencia de toda

¹⁰⁸ *Ibidem*. Pp. 28, 30, 40 y 42.

aplicación.¹⁰⁹ Por lo tanto debe tomarse en ese sentido, y no en otro. Bajo este cristal veamos los puntos relevantes de la Teoría de Günther Jakobs, en su concepto de Derecho penal del enemigo.

Cancio Melia en su traducción de Günther Jakobs manifiesta:

“... el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad... (Punto de referencia el hecho futuro), en lugar del hecho cometido... (Punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”.¹¹⁰

Se encuentra que de la manera enunciativa de las características del derecho penal del enemigo, mencionadas manifiestan obscuridad al interpretarlas ya que pueden percibirse en dos acepciones:

- 1.- En el sentido descriptivo.
- 2.- Como parte del deber ser.

Resulta relevante hacer esta diferenciación y concebirla en un sentido descriptivo, porque:

1. De hecho ya existe un instrumento por medio del cual el Estado amenaza a quienes pretenden no cumplir con la Ley; y
2. Porque, en su segunda significación, correspondería a un agravamiento de la problemática actual, ya que la idea del incremento de la pena como instrumento de control de la criminalidad, responde al hecho delictuoso de manera proporcional: a más violencia delincuencia, mayor violencia legislada, lo cual nos llevaría a una espiral sin fin, de salvajismo, justificado en nombre del derecho penal simbólico.

¹⁰⁹ *Diccionario de la Lengua Española*. Decimonovena edición. Tomo 6. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970. P. 1265.

¹¹⁰ Günther Jakobs. *Derecho penal del enemigo*. Cancio Melia Manuel. Editorial Thomson Civitas. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones., Filosofía y Derecho. 2005

En este sentido Muñoz Conde señala: “Pero cuando hablamos del “nuevo derecho penal autoritario” nos estamos refiriendo a un derecho penal más autoritario de lo normal, de un derecho penal que se ha colado de rondón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías...”¹¹¹

Muñoz va más lejos y hace una analogía del funcionalismo de Günther Jakobs y el régimen nacionalsocialista (“derecho es lo que es útil al pueblo”).

Así respecto de la diferencia entre el nacional-socialismo y la fundamentación funcionalista actual del derecho penal refiere que el derecho está dispuesto a asumir también que derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democráticos.¹¹²

3.3 EL DELITO EN SU ASPECTO SOCIOLÓGICO.

DELITO Y CUESTIONAMIENTOS ONTOLÓGICOS EN RELACIÓN A ÉL

El Delito es un fenómeno social, con un fuerte aspecto de historicidad, porque depende de la situación, de lugar, de época, cultura, creencias y valoraciones sociales, data de los orígenes de la humanidad, y ha prevalecido hasta nuestros días, y por consiguiente es menester nuestro, hacernos ciertos cuestionamientos fundamentales, que son resultado ò causa de una problemática existente: *¿la pena que se conoce actualmente como tal y sus instrumentos de aplicación son realmente eficaces?* Partiendo de este dilema, que genera controversia, y tratando de encontrar una respuesta; revisemos primeramente el concepto de delito desde la percepción Sociológica; Durkheim expresa al respecto que:

¹¹¹ Op. Cit. Ontiveros Alonso Miguel, Peláez Ferrusca Mercedes. P. 117.

¹¹² *Ibidem*. Pp. 121-122.

“...un acto es criminal cuando hiere los estados vigorosos y definidos de la conciencia colectiva” y después sigue: “cualesquiera que sean sus variedades, el delito es en todas partes esencialmente el mismo.”¹¹³

Dicho concepto exhibe cierta obscuridad, parece que no queda suficientemente claro a que se refiere específicamente en cuanto a dichos términos, ¿a qué estados vigorosos se refiere? No lo podemos determinar únicamente el autor tiene conocimiento de cuáles son esos estados vigorosos. Pero un elemento relevante es la introducción de dos, factores por un lado la conciencia, lo cual hasta cierto punto es subjetivo y relativo; ya que depende de lo que ese grupo establezca en un tiempo concreto, como parámetro de benignidad o perjudicialidad, por otro lado, el factor colectividad, la cual determina la relevancia que desempeña la sociedad al acordar, que es lo que estima como conducta que vulnera a un grupo. En este sentido este último elemento es un eje fundamental, en cuanto al establecimiento de que es tomado como un comportamiento dañoso, sin sociedad es imposible la existencia de un crimen. Al afirmar categóricamente que el delito es en todas partes esencialmente el mismo presenta una visión en cierto sentido *univocista* del mismo. Si tenemos presente que el aspecto unívoco no admite apertura y se cierra de forma absoluta a todo consenso.

Resulta atrayente la idea que manifiesta Costa Vidàn, al señalar que el delito es un “accidente necesario” y es inmanente a toda sociedad...¹¹⁴

Desde una postura ontológica podríamos indagar *¿es realmente ineludible la conducta antijurídica?*; si esgrime este argumento; de que la contravención a la ley y la sociedad es un binomio infinito, como podríamos explicar que: **existen países con muy bajo índice de criminalidad**, según instrumentos de medición; basados en estadísticas oficiales de delitos registrados y encuestas; así como instrumentos existentes a nivel internacional y europeo, para medir las tendencias delictivas, y crimen organizado, estadísticas sobre delincuencia

¹¹³ Héctor Solís Quiroga. 1985. *Introducción a la Sociología Criminal*. Editorial Porrúa. 3ª. Edición. México. P. 53.

¹¹⁴ Víctor Hugo Mamani Gareca. 2005. *La cárcel instrumento de un sistema falaz un intento humanizante*. Grupo Editorial Lumen. 1ª. Edición. Buenos Aires-México. P. 24.

Eurostat (oficina de estadística de la Unión Europea).¹¹⁵ *¿Cuál es el papel del ser humano en sociedad?*, el ser humano es un ser vivo dotado de inteligencia, y cuenta con las características necesarias para convivir en una determinada sociedad, por lo tanto requiere preservarla y mejorarla, lo cual nos lleva a otra pregunta *¿Qué tipo de sociedad queremos tener?* El prototipo de organización humana, deseado por un amplio margen de seres pensantes es aquel que funda sus cimientos, en un permanente cambio con visión de búsqueda del perfeccionamiento de la misma, incluyente de valores y de replanteamientos, este constituiría el modelo de estructura social; en el extremo de esa idoneidad se encuentra *la realidad* (el mundo fáctico) la cual impone ciertos patrones que reproducen sistemas y modos de pensar que resultan peligrosos para la sociedad misma.

Ahora bien pareciese ser que concurren ciertos factores que influyen en la dirección que toma un grupo social determinado, desde sus concepciones relativas a delito, y castigo hasta la manera de imponer las sanciones así, cambiando estas ideas y aminorando la presencia de estos actos, *¿entonces podríamos vislumbrar una sociedad desprovista de ellos?*, si esto fuese así la noción de Costa Vidàn resultaría inexacta. Actualmente, cuando algún integrante de la comunidad realiza estas conductas, *¿qué es lo que hacemos al respecto?* La exclusión y segregación. *¿Lo que hacemos corresponde a una actitud tendiente a comprender las causas de tales comportamientos, para en consecuencia erradicarlas?* No se buscan las causas, al margen de datos estadísticos, preferimos la comodidad de separar temporalmente o incluso definitivamente a estos seres humanos que pierden su calidad como tales al ser reclusos en los centros penitenciarios. Como una especie de remembranza de la justicia como venganza, retributiva. En este sentido los Derechos Humanos, reclaman su presencia. La sugerencia de que el sistema penitenciario actual corresponde a un medio de control social, corresponde a un apartado de análisis, el cual abordaremos más adelante. El hecho de segregar a estos miembros de la comunidad, por sí solo no resuelve nada, muy al contrario obtienen una oportunidad para especializarse dentro de la actividad

¹¹⁵ Cepeda Pérez Ana I. Y Benito Demelsa <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf> RECPC 15-08 (2013 Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-08, p. 08:1-08:34 – ISSN 1695-0194

punible, al hallarse con muchas otras personas tal vez con más experiencia en este sentido y crear lazos en ocasiones más sólidos que con sus familias. La reincidencia es cada vez más común. Demostrando con ello el fracaso de su previo internamiento en estos centros.

3.4.- CONCEPTO CASTIGO Y SUS IMPLICACIONES ÉTICAS Y POLÍTICAS.

Ahora bien al castigo igualmente se le ha percibido bajo diferentes ópticas siendo las más relevantes la de la fase de la venganza privada, la venganza divina, pública, la humanitaria, defendida por Beccaria, y la científica contemporánea, en que la pena se impone como un acto de defensa social o de reeducación, no es el propósito de este trabajo hacer un análisis de ellas, ¿más bien la postura actual que prevalece a cuál de estas visiones corresponde? Podríamos hablar de un eclecticismo, que conforma un enfoque univocista y equivocista en conjunto; univocista por esta sinonimia y metonimia que se le ha dado a la venganza con justicia, y equivocista por que a la fase humanitaria se le ha relativizado, homonimizado a su vez con ella.

Resulta de una obviedad notoria que el castigo no debe tener un carácter de venganza porque tal actitud constituye un empobrecimiento intelectual y valorativo del ser humano, sin tomar en cuenta que además existe en este hecho un desprendimiento substancial de lo que entendemos por la justicia así, estamos presenciando la separación de lo ético, lo moral con lo real como en el caso de las posturas unívocas, por lo que desde tiempos antiguos se ha hecho referencia a la bajeza de esta posición así lo manifestó: Séneca....:

“..Como dice Platón, ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción (quia peccatum est), sino para que no se vuelva a cometer (nepeccetur); no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro”.¹¹⁶

¹¹⁶ Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete, Eduardo López Betancourt. 2006. *Función De La Pena Estatal Y Evolución De La Dogmática Post-Finalista (Estudios De Derecho Penal Funcionalista)* Editorial Porrúa. 1ª. Edición. México. P. 15.

Bajo este argumento de autoridad. Se ha utilizado esta idea para fortalecer la visión de pena como prevención. Pero en la actualidad existen leyes que utilizan medidas populistas y están politizadas, en las cuales se pierde objetividad en cuanto a víctimas y delincuentes llevando un mensaje oculto de venganza para obtener ventajas. En este sentido pareciese ser que se pierde el sentido “*preventivo*” del castigo. Y creamos permanencia en el aspecto unívoco del cual hemos estado haciendo referencia.

El recorrido de la concepción de la pena ha pasado desde: la pena retributiva de Kant, Hegel y el delito contra la estructura social y el Derecho, Feuerbach y su postura de prevención intimidatoria, y Betham teoría utilitarista (prevención general).

Podemos puntualizar que han existido trabajos visionarios con respecto al estudio del castigo como lo fueron las obras de Durkheim, confiriéndole en toda su amplitud y complejidad, un panorama más real, de base sistémica dejando atrás otras posturas univocistas como la de Cesare Lombroso. Ya no es únicamente el individuo un ente aislado sujeto a estudio, pertenece a una sociedad, todos somos parte de una compleja estructura. Convirtiéndola en protagonista.

“...Durkheim consideró que [...] al analizar las formas y funciones del castigo [...] obtenía una perspectiva sistemática [...] afirmaba haber encontrado, en los procesos y rituales de la penalidad, la clave para el análisis de la sociedad misma [...] considera el castigo como la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa y sostiene [...] relacionando en todo momento los hechos del sistema penal con los componentes esenciales y los procesos de la vida social.”¹¹⁷

Resulta una visión en la cual el grado de complejidad se acrecienta, al tomar en cuenta diversos factores por una parte la sanción debe ser estudiada tanto en sus aspectos externos (sistema penitenciario, mecanismo penitenciario, políticas y el cómo son restringidos los derechos) como internos, (de fondo:

¹¹⁷ Garland David. 2006. *Castigo y sociedad moderna un estudio de Teoría Social*. Siglo XXI Editores. 2ª. Edición. España. P. 39.

función). Así la penalidad viene a ser un reflejo de la jerarquía de valores de un determinado grupo social no ya una retribución a un daño, no un aspecto preventivo.

Es imprescindible, entonces realizar un análisis de las manifestaciones, y utilidad del castigo, no tenemos cómo sociedad éticamente ese derecho, a infligir en otro ser humano un dolor en ocasiones desproporcionado en aras de una “corrección”, la suspensión de Derechos civiles, no debiera abarcar la suspensión de garantías individuales y la dignidad humana, ¿qué queda cuando se despoja a un ser humano de dichas cualidades? Este cuestionamiento resulta fundamental al tratar de analizar lo que acontece en las prisiones. El camino para erradicar el crimen, no puede ser el empobrecer más una condición humana ya erosionada. Tenemos pues que el castigo trae consigo implícita la idea de sufrimiento, dolor, sanción, mortificación, destierro, venganza, humillación, y en el peor de los casos la pérdida de la vida (en el caso de la pena de muerte), a través de los cuales se pretende obtener una especie de corrección, rehabilitación, enderezamiento conductual, o definitivamente la eliminación, de un ex integrante de la sociedad (esto mediante teorías justificativas de la pena de muerte a la manera del organicismo de Spencer). Cabría cuestionarnos ¿hasta qué punto es eficaz este medio?, los índices de criminalidad en aumento y la sobrepoblación penitenciaria pareciera sugerir que no fuera eficaz ¿entonces a qué se debe su estructura y permanencia? Se requiere hacer una revisión de los móviles para su implementación y advertir si son debidos a un genuino interés para el mejoramiento social.

“...Algunas versiones marxistas abordan el castigo como un fenómeno económico supeditado al mercado laboral, mientras que otras discuten su papel político como un aparato represor del Estado, y otras más lo conciben como una institución ideológica que se ocupa de los símbolos de legitimación y de la justificación del predominio de clase...”¹¹⁸

Si bien es cierto que el castigo tiene estrecha relación con las manifestaciones económicas, políticas e ideológicas, también lo es que existen otras

¹¹⁸ Opere citato. Garland David. P. 111.

perspectivas positivas y diferenciadoras de él, las cuales analizaremos más adelante. Se ha establecido que la penalidad la funda la sociedad misma, lo cual engloba su sistema económico. Lo relevante en el trabajo de Rusche y Kirchheimer es la importancia de *ahondar* en los *sistemas penales* observar con espíritu crítico lo que acontece en ellos, y cuestionarnos o al menos dudar de su solución a la criminalidad. Así el castigo ha sido visto pues como un instrumento; para lograr un fin, como una relación coercitiva entre el Estado y el trasgresor, como un procedimiento legal, una forma de poder, un instrumento de dominación de clase.

Por otra parte Michel Foucault a quien se le ha considerado como relativista sociológico, ha hecho hincapié en: “observar los efectos positivos de los mecanismos punitivos [...] considerar por consiguiente, el castigo como una función social compleja [...] Analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder....”¹¹⁹

Nuevamente es planteada la idea del sistema penitenciario como un instrumento de control social, de poder. Que no puede ser resumido a una sencilla relación de comportamiento individual. En la antigüedad existía la horca y prácticas que han sido abolidas, debido al cambio en el pensamiento humano a través del tiempo, pero la estructura del sistema penitenciario sigue en pie, por nutridas razones, entre algunas otras lo que ocurre al interior de una penitenciaria no es público, como en el caso de los pasados mecanismos de la pena, que eran exhibidos para ejemplo a no seguir, mismos que demostraron no ser útiles y si denigrantes, ¿pero hasta qué punto ha cambiado el pensamiento al respecto? Si sigue latente su presencia y es más aún su aumento; los centros penitenciarios en México rebasan su capacidad poblacional.

En este sentido al analizar la postura de Jakobs que resulta ser univocista por ser una actitud absolutista distante a la mediación, y mesura ubicada en un

¹¹⁹ Michel Foucault. 1991. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores. 19 Edición. España. P. 30.

extremo objetivista, alejada del relativismo y a la analogía, cuando se refiere a esta relación tripartita delito, castigo, sociedad:

“... un criminal sólo es tal en una sociedad y, sobre todo, su culpabilidad es una atribución por parte de tal sociedad [...] el Derecho penal no sólo no hace desaparecer la libertad, sino que guarda relación con las condiciones bajo las cuales dicha libertad es posible como realidad socialmente reconocida [...] el sentido de tal estructura sólo puede construirse en la actualidad con un carácter social-funcional...”¹²⁰

Lo anterior parece evidente y ya hemos establecido que únicamente la sociedad es quien determina cuales son las conductas que considera como “punibles”. Así mismo visualiza al Derecho Penal como determinante de los contextos “consensualmente aceptados”. A su noción de pena le asigna una función de *prevención general positiva*. Confiriéndole un aspecto precautorio positivo, en la medida en que los demás integrantes de la comunidad, se abstengan de realizar dichas conductas. Y establece su absolutismo de carácter social-funcional.

“.. el delito simboliza una falta de fidelidad al derecho, que lesiona la confianza institucional y, por ende, la pena se hace necesaria para restablecer la confianza en el derecho; por lo tanto, la pena como reacción ante la infracción de una norma, no es sino la “reafirmación de la norma..”¹²¹

Pese a que Jakobs considera necesaria la pena señala que esta no es eficaz para erradicar el crimen ya que al referirse al uso de ella en entrevista manifiesta al respecto:

“...La pena generalmente es un proceso brutal, pues implica la eliminación aunque de manera parcial de una serie de derechos y en ese sentido debe hacerse un uso moderado de ella. Desde un punto de vista racional y

¹²⁰ Günther Jakobs. 2008. *El Derecho penal como disciplina científica*. Editorial Aranzadi S. A. 1ª. Edición. España. Pp. 33,34.

¹²¹ Jakobs, Shunemann, Moreno, Zaffaroni, 2002. *Fundamentos de la dogmática Penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)* CEPOLCRIM Editorial Jus Poenale, 1ª. Edición 2002 México, D.F. P. 86.

criminológico está demostrado que el incremento de las penas no conduce a una menor criminalidad...”¹²²

Proceso, que daña en muchas ocasiones de manera irreversible a personas tanto culpables como inocentes del hecho que se les imputa, lo que hace surgir planteamientos éticos, ya que el curso actual del estado que guardan las cosas, lejos de poder hacer un uso moderado de ella en México, hay un agravamiento sustancial.

3.5.- ASPECTO ONTOLÓGICO RESPECTO A LA PRIVACIÓN JURÍDICA DE LA LIBERTAD

Si visualizamos a la libertad como condición ontológica de la ética, resulta esencial advertir lo que sucede en el caso de la privación jurídica de la libertad, hasta qué punto es justificada. Si es éticamente justificable, en qué casos debiera aplicarse, si un infractor de la ley, por daño a la propiedad ¿Es lo mismo robar, en condiciones de miseria que cometer homicidio calificado? No es equivalente ejecutar un robo, a consumar un homicidio, mientras que el primero causa un daño patrimonial, que en algunas ocasiones puede resarcirse en el segundo caso, el daño es irreversible, en una escala de perjuicio, distan mucho uno y otro, por lo que deberían corresponder penas distintas, marcadas no únicamente por el transcurso del tiempo en un centro penitenciario, actualmente, existen propuestas e intentos de querer establecer a las personas que cometen ilícitos de menor cuantía, algunos sustitutivos penales, así como el uso de un brazalete, pero el costo de este aún es muy alto, para su plena implementación. Por lo que ambos infractores de la ley en muchas ocasiones tienen que convivir en un mismo espacio penitenciario a pesar de las clasificaciones penales a que son sujetos. En este sentido ¿Existe una proporción entre castigo y delito? Ello implica establecer una distinción entre lo que sea bueno y lo que sea malo en relación a la penalidad, desde el punto de

¹²² Hidalgo Valeriano. 2008. *El Delito. Entrevista a Günther Jakobs*. 2008-05-18t22:48:00-03:00 Argentina. <http://eldelito.blogspot.mx/2008/05/entrevista-gnter-jakobs.html>

vista ético, y si el bien y el mal éticos en esta circunstancia, coinciden o no con lo que serían el bien y el mal en sí.

Así si conceptualizamos la pena como un aspecto funcional *preventivo general positivo* estaríamos hablando de la existencia de un referente fundamental que orienta la conducta moral; el modo de sujeción, o sea, *el modo en que las personas son invitadas a reconocer sus obligaciones morales*.

Resulta fundamental encontrar los medios por los cuales podemos cambiar para transformarnos en sujetos éticos, sin necesidad de recurrir al castigo tal y como lo conocemos actualmente. Moralmente el tipo de sociedad que aspiramos a ser cuando perpetuamos el castigo tal y como lo conocemos, corresponde a una, que la mantiene al margen.

3.6 FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS CONTEMPORÁNEOS

IMPLICACIONES EN LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL

En virtud de todo lo anterior, hemos establecido la importancia en la relación sociedad-delincuente, y para intentar dar respuesta a la interrogante de que ¿si el delincuente es el resultado de una problemática individual o social (que son las posturas teóricas que han prevalecido en uno u otro sentido), es ineludible analizar los fundamentos científicos y sociales (biológicos, genéticos, psicológicos, así como los de índole social, económicos y de poder) que confluyen para que se configure el hecho.

En este sentido es importante conocer el concepto de vulnerabilidad social y vulnerabilidad psicológica, discutidos por Zaffaroni y Domínguez, mencionados por Mamani. Quienes hacen referencia a ciertos procesos que menguan la integridad física, psicológica y social de un individuo, convirtiéndolo en candidato a cometer ilícitos, ellos manifiestan que son:

“...fenómenos deteriorantes a causa de privaciones, que afectan selectivamente a los sectores sociales más expuestos al control social punitivo en instituciones (....).... Así, la vulnerabilidad social es el estado particular de riesgo y de desprotección de determinados sectores sociales o individuos que han sido afectados por un conjunto de factores negativos, anteriores a la intervención del sistema penal. Con la intervención del Estado, a la vez se generan ciertos

procesos de deterioro socio-psico-biológico, que limitan notoriamente las oportunidades y el espacio social de los sujetos que se deben controlar....”¹²³

Estos son aspectos que indican la relevancia que ocupa la sociedad misma en la generación de condiciones propicias para el surgimiento de individuos en disposición para cometer ilícitos. Es más la sociedad como condicionante de estos procesos por problemáticas no resueltas.

En cuanto a los fundamentos psicológicos los autores referidos citados por Mamani manifiestan que son el resultado de la vulnerabilidad social anteriormente expuesta veamos:

“... es el producto de un proceso de condicionamiento para la comisión de conductas sancionadas penalmente por reducción de las posibilidades de autodeterminación, generadas en la alta vulnerabilidad social a la que está expuesto el sujeto. ... puede ser también la resultante de la sujeción al sistema penal por institucionalización a temprana edad, cambios tutelares y de desarraigo de los grupos de crianza, despersonalización, imposición de ciertos modelos familiares, violencia institucional y ataques a la autoestima...” (Neuman, 1994)”¹²⁴

La nueva investigación neurológica ha dado resultados que cuestionan al individuo y persona sobre la imputación jurídico-penal y por ende afloran distintos planteamientos Günter Jakobs manifiesta al respecto:

“... el Yo no es el gran piloto que se cree” y lo que aparece ante el ser humano individual como su ponderación racional no es más que una consecuencia de su situación neuronal...los representantes de la dirección científica mencionada... prolongan sus resultados sobre la vida y la consciencia a la sociedad, especialmente al ámbito del trato con normas: ya no se puede hablar más de culpabilidad...”¹²⁵

De lo anterior se desprende la relevancia que adquiere la predisposición física de un sujeto que debido a estas características no puede tener la misma capacidad de respuesta que otro el cual no tenga esta predisposición neurológica, ocasionando cuestionamientos serios en el ámbito de la

¹²³ Víctor Hugo Mamani Gareca. 2005. *La cárcel instrumento de un sistema falaz un intento humanizante*. Grupo Editorial Lumen. 1ª. Edición. Buenos Aires-México. P. 27.

¹²⁴ *Ibidem*. Pp. 27-28.

¹²⁵ Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. 2008. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Editorial Aranzadi S. A. 1ª. Edición. España. Pp. 170, 171. 178.

imputación. Se concentran aspectos internos, psicológicos, físicos, neuronales como externos sociales, económicos, de relación de poder en la respuesta conductual.

3.7 ACERCAMIENTO DE LA DOGMÁTICA A LA SOCIOLOGÍA

CRITERIOS CONTRADICTORIOS

La dialéctica como camino a no perder de vista la totalidad del sistema penal. Nos invita a tomar en consideración la noción de contradicción de criterios dogmáticos que se han desarrollado en torno al delito y a los elementos que lo estructuran, con los expuestos por los conocidos sistemas: causalismo, finalismo y funcionalismo.

El funcionalismo como opositor del finalismo ha seguido dos vías distintas, y Moisés Moreno Hernández, comenta al respecto:

“...la encabezada por Roxin, quien objeta y se separa del *método deductivo-axiomático* del finalismo por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico – abstractas, y la seguida principalmente por Jakobs, quien centra su censura al finalismo en el *método ontológico*, porque éste vincula al legislador, así como a la propia ciencia del Derecho penal, a las estructuras lógico-objetivas; este último afirma, incluso de manera categórica y triunfal, que asistimos al declive de la dogmática de base *ontológica*, haciendo valer en su lugar la de base normativa o teleológica....”¹²⁶

Dentro del funcionalismo se encuentran estas dos vertientes en torno a la concepción del delito y su estructura las cuales como observamos son contrarias entre sí, se advierte una prevaencia de una posición preventivo-fáctica sobre todo el ordenamiento penal. Por lo que sería interesante centrarnos a observar la postura de Jakobs, quien parte de la necesidad de una *renormativización* conceptual, acoge sin mayores limitaciones o contrapesos la *función de prevención – integración* (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos.

¹²⁶ Jakobs, Shünemann, Moreno, Zaffaroni, 2002. **Fundamentos de la dogmática Penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)** CEPOLCRIM Editorial Jus Poenale, 1ª. Edición 2002 México, D.F. P. 64.

Su alternativa representa el modelo funcionalista de la *teoría de los sistemas*, trata de acercar la dogmática a la sociología, lo cual es relevante. Haciendo un análisis *sistémico* del delito y de la pena, le asigna roles a las personas:

“...para entender el hecho como injusto ya no es la peligrosidad del individuo ni su equivocada autoconducción, sino la *ruptura del rol*: el delincuente se aparta de su rol como ciudadano fiel al Derecho...concepto de culpabilidad (la persona como construcción social) según este concepto la culpabilidad no es un hecho psíquico (o la ausencia de un hecho psíquico, como la voluntad de evitación), sino la falta de satisfacción de los estándares dictados por un parámetro, en concreto, por el parámetro de fidelidad suficiente al Derecho”.¹²⁷

3.8 READAPTACIÓN

Ahora bien el último eslabón en esta serie de secuencia penal: la rehabilitación. Actualmente se ha cambiado el término readaptación por reinserción, los cuales no son sinonímicos ya que existen diferencias sustanciales la readaptación se refiere a un proceso de adaptación mientras que la reinserción contempla el aspecto de re-introducción, volver a dar entrada a una persona a un lugar determinado, en este caso a la sociedad, dejando de lado el proceso adaptativo previo.

Los Derechos Humanos están previstos teóricamente como base del sistema penitenciario, sobre los cuales se erige la reinserción del sentenciado a la sociedad, pero en la praxis existen dificultades para darles primacía.

Artículo 18. Constitucional. Párrafo 2º.

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir,

¹²⁷ Günther Jakobs. 2008. *El Derecho penal como disciplina científica*. Editorial Aranzadi S. A. 1ª. Edición. España. Pp. 89, 90.

observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”¹²⁸

Sin embargo al analizar el artículo treinta y ocho de nuestra Constitución se plantea la suspensión de los Derechos o prerrogativas de los ciudadanos mostrando una evidente contradicción que en el mundo fáctico es fuente de argumento de una gran cantidad de injusticias. Acaso por encontrarse sujeto a un proceso criminal deben suspenderse los derechos fundamentales ¿qué sucede entonces con el principio de presunción de inocencia en México?, es relegado del terreno fáctico jurídico, y que decir durante la extinción de la pena también el ser humano pierde su calidad como tal por suspenderse sus derechos.

Artículo 38. Constitucional. (Fracción II, y III) Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;

III. Durante la extinción de una pena corporal.

Dejando al condenado en estado de indefensión, suprimiéndole el Derecho que está contemplado en nuestro máximo ordenamiento como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Bajo estas contradicciones legales, se escudan un sinnúmero de injusticias, así el objetivo de readaptar al sentenciado, queda muy lejos de ser una realidad ya que en su lugar sólo encuentra, humillaciones, y tratos indignantes carentes de todo derecho, aunado al estigma social que persiste en el tiempo a pesar de haber pagado una condena, la rehabilitación, y readaptación pueden llegar a constituir una quimera, en este sentido Ricoeur lo manifiesta claramente:

“...Se trata de otorgar al condenado la capacidad para volver a ser un ciudadano pleno al concluir la pena, y por ende a poner fin a la exclusión física y simbólica que suponía el encarcelamiento...”... la noción de “perpetuidad real” constituye una flagrante negación de toda idea de rehabilitación, y por ello

¹²⁸ DOF. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

la negación absoluta de todo proyecto de restablecimiento, en la ejecución misma de la pena...”¹²⁹

Al negarse la idea de rehabilitación pareciese ser que todo el sistema penitenciario tal como se le conoce hoy día, fracasa al no lograr readaptar, su función quedaría restringida al ámbito preventivo, pero las personas que ingresan a este sistema muy difícilmente recuperan su autoestima y su calidad de “persona”, es más surge la reincidencia como modo de vida, no encuentran “su lugar” en esta estructura social. Y lejos de aminorar esta situación crece.

¹²⁹ Paul Ricoeur. 1997. *Lo justo*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª. Edición. Chile. Pp. 201, 202.

"Quien no puede corregir la conducta de los ciudadanos sino suprimiéndoles las comodidades de la vida, debe confesar que no puede gobernar a hombres libres"
Tomas Moro

CAPITULO IV

VALORACIÓN EN LA INTEGRACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES EN UN SOLO CUERPO NORMATIVO

4.1 EL FUNCIONALISMO EN ALEMANIA Y EN MÉXICO DIFERENCIAS FUNDAMENTALES.

Resulta pertinente señalar los contrastes existentes entre ambos países, en los aspectos económicos, sociales, y políticos, con la finalidad de obtener una visión clara, de sus semejanzas y diferencias, valorando así la eficacia de la aplicación del funcionalismo en nuestra patria.

En México de alguna u otra forma esta corriente filosófica ha permeado, no es un secreto que a lo largo de nuestra historia continuamente ha prevalecido una inclinación a asumir las políticas criminales extranjeras como Miguel Ángel Mancera Espinosa señala:

"...debemos dejar constancia que en la época moderna, digamos que de los años ochentas en adelante, se han dejado ver las más significativas reformas en materia penal en México (...) por ejemplo, la reforma de 1984 se mostró inspirada por el pensamiento europeo de los años cincuenta, el cual, después de los avatares de la Segunda Guerra Mundial se enfocó a la democratización del derecho penal. Posteriormente, en 1993, también en una línea de adecuación a un derecho garantista se dieron modificaciones constitucionales como las que tienen que ver con la implementación del concepto jurídico de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad. Pero como ya advertíamos los cambios no siempre van en el mismo sentido, así fue que en 1999 se dio de nuevo una modificación al texto constitucional; en ella volvió a cobrar vigencia el modelo que los artículos 16 y 19 tenían antes de la reforma de 1993, es decir, de nueva cuenta regresamos al concepto del cuerpo del delito, y aunado a ello se dejó constancia de una política criminal orientada hacia el endurecimiento estatal, lo que llevó a nuestro país a expedir un nuevo ordenamiento que según se dijo era indispensable para enfrentar y combatir el crimen internacional, nos referimos a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada"¹³⁰

¹³⁰ Mancera Espinosa Ángel Miguel. *¿Derecho Penal del Enemigo en México?* México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx>. Pp. 593 y 594.

Es de observarse como las corrientes de pensamiento internacional influyen en la creación y modificación de nuestros cuerpos legales, no necesariamente en un mismo sentido y coherencia, se podría aseverar que en variadas ocasiones a pesar de encontrarnos en muy desiguales contextos.

Ahora bien tratándose del desarrollo o evolución de los Estados es una realidad que acaecen una amplitud de estadios en el desenvolvimiento de las naciones lo cual muestra las condiciones específicas de cada una de ellas, haciendo un comparativo entre diferentes países se puede hablar en términos de una similitud cuando dichos contextos exhiben ciertas semejanzas.

En este sentido Günther Jakobs hace una diferenciación entre pueblos civilizados y no civilizados por lo que manifiesta: “En los Estados no civilizados todo el Derecho es Derecho Penal del Enemigo. En cambio en los Estados civilizados el Derecho Penal del Enemigo son reacciones excepcionales a casos de excepcional peligrosidad, para situaciones normales está el Derecho Penal del Ciudadano...”¹³¹ ¿qué se puede entender como Estado civilizado? Dicha expresión manifiesta un cierto grado de subjetividad pero podemos establecer que la condición de “civilización” de un Estado está constituida por su alto nivel de desarrollo en todos los ámbitos. Por lo tanto es indispensable alcanzar la calidad de Estado civilizado para que exista el contraste entre Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano.

Recordemos que existen dos vertientes en el funcionalismo con sus exponentes Claus Roxin y Günther Jakobs, la inclinación de este último llamado “normativo o radical”:

“... señala como enemigos a los narcotraficantes, a los terroristas, a los que cometen delitos económicos, y, en general, a aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada. en realidad se ocupa de catalogar así a los que podríamos catalogar como multireincidentes específicos (...)a los ciudadanos se les aplica un derecho penal ordinario, tanto en lo material como en lo formal, dado que este derecho ordinario atiende en su normativa a los fines de la pena, a los principios delimitadores y a las construcciones dogmáticas clásicas. En cambio, “a los otros”, a los “no personas”, a los “enemigos” se les debe aplicar un derecho penal específico, un derecho que tiene otras finalidades, esencialmente, las de combatirlos, aislarlos, y extirparlos del entorno social.”¹³²

¹³¹ Op. Cit. Hidalgo Valeriano. 2008.

¹³² Op. Cit. Mancera Espinosa Ángel Miguel. Pp. 588 y 589.

Muestra una clara diferenciación entre el derecho penal ordinario, y “otro” derecho penal para las “no personas”, en dicho argumento se puede percibir una desigualdad contraria a los fines del Derecho¹³³, por lo que se le ha catalogado como un derecho penal más “duro”. Pero que a fin de cuentas justifica más violencia normativa contra la violencia criminal, creándose un ciclo sempiterno.

Mientras que el de Claus Roxin es un funcionalismo llamado “moderado o teleológico” su concepción del Derecho penal es preventiva:

“Roxin reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros [...] proclama no obstante la necesidad de encauzar el Derecho penal al servicio de la sociedad misma, y ello al objeto de lograr un ordenamiento punitivo más humano y justo. Para ello el Estado debe prevenir el delito mediante medidas adecuadas de orden político criminal, ya que la solución de la criminalidad no se encuentra en la mera represión de las conductas delictivas, sino en la prevención de las mismas con adecuadas medidas de orden político, jurídico, económico y social, y todo ello en orden a la contención del crimen dentro de unos márgenes tolerables, admisibles y socialmente soportables...”¹³⁴

La postura de Claus Roxin abarca sin embargo el estudio y revisión de una pluralidad y complejidad de contextos de una realidad, ya que la respuesta a esta problemática, es indiscutible que no se encuentra exclusivamente en la violencia legislada, y mucho menos en las penas severas; así pues ubica la solución en la prevención del delito, tomando en cuenta los factores jurídicos, económicos y sociales.

“A juicio de Roxin, las penas severas- especialmente las privativas de libertad, pero también las multas- no son instrumentos idóneos, por sí solos para prevenir la criminalidad. las penas privativas de libertad, lejos de lograr el objetivo al que programáticamente sirven, constituyen, en sí mismas, una aporía, ya que resulta difícil comprender cómo se podrá lograr la reinserción, reeducación y rehabilitación de un sujeto, estigmatizado y fuera de la sociedad, privado de su libertad natural. Esa ruptura del individuo con su familia, con su trabajo, tan sólo podría ser justificada en el caso de delitos especialmente graves, o en el caso de reincidentes, y en cualquier caso debe resultar admisible tan sólo con una orientación marcadamente reduccionista de la duración de la privación de la libertad, combinando la misma con medidas de terapia social y no abandonando al infractor entre cuatro paredes [...] el contacto del sujeto con el mundo carcelario, tiene efectos criminógenos y puede suponer, precisamente, lejos de la prevención teóricamente perseguida, el verdadero inicio de la carrera criminal.”¹³⁵

¹³³ La Justicia, El Bien Común, y la Seguridad Jurídica.

¹³⁴ Arias Eibe, Manuel José. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical*. Doxa. N. 29 (2006) p. 442.

¹³⁵ *Ibidem*. P. 443.

Es de observarse que en cuanto al criterio de la severidad de las penas, difieren diametralmente ambos autores; nos inclinamos a pensar que la solución no se halla precisamente aumentando la crueldad o dureza de la violencia legislada, en virtud de los escasos resultados obtenidos y del incremento de la criminalidad,¹³⁶ con la aplicación de la estrategia “dura”. Veamos los aspectos económicos, sociales, políticos, y culturales que rigen en uno y otro país:

4.1.2 ECONOMÍA

En el aspecto económico se tiene que Alemania es la principal potencia económica de la Unión Europea (UE) y la cuarta economía en el mundo. Tiene el PIB¹³⁷ y la cifra de población más altos de la UE, lo que la convierte en el mercado más importante de Europa. El PIB asciende a dos billones 407.200 euros. Junto a los grandes consorcios que operan a escala internacional el núcleo de la economía alemana está constituido por las pymes¹³⁸. Alrededor del 70% de los empleados trabajan en las pymes.¹³⁹

Y tenemos que en esta perspectiva México, dista mucho de Alemania ya que prevalece la pobreza, la desigualdad regional, el acceso a los servicios públicos:

“Por su parte el BM afirma que la pobreza en México se mantiene en niveles inaceptablemente altos y ofrece como estrategia de asistencia al País mayor endeudamiento a partir de 2004 y hasta el 2008. Y es que los niveles actuales de pobreza, son similares a los registrados a comienzos de los años 90, hecho que muestra que los últimos 15 años han sido una pérdida por combatir esa condición que afecta a más de la mitad de los mexicanos, Mas del cincuenta por ciento de los habitantes del país son pobres, debido en gran medida a la gran desigualdad en los ingresos, la décima parte más rica de la población gana más de 40 por ciento de los ingresos totales, mientras la décima parte más pobre solo obtiene 1.1 por ciento. Además contribuyen a la pobreza la profunda desigualdad regional y étnica y las diferencias en cuanto al acceso a la salud, a la educación y a los servicios públicos de buena calidad. Según el mismo BM, alrededor de 53 por ciento de los 104 millones de habitantes están en esta situación, definida como un nivel de consumo por debajo de las necesidades mínimas de alimentos básicos y algunos otros bienes no alimentarios básicos. Cerca del 24 por ciento de la

¹³⁶ Véase en este trabajo “Delincuencia Organizada”.

¹³⁷ Producto interno bruto, medida macroeconómica que expresa el valor monetario de la producción de bienes y servicios de demanda final de un país durante un determinado periodo de tiempo.

¹³⁸ Pymes son las pequeñas y medianas empresas con características distintivas.

¹³⁹ La actualidad de Alemania. 19.01.2014 <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/contenido-home/cifras-y-datos/economia.html>

población es considerada "extremadamente pobre", es decir, con un ingreso insuficiente incluso para una nutrición adecuada."¹⁴⁰

De lo anterior podemos percibir que hay diferencias significativas entre ambas naciones las condiciones de impulso económico son observables a simple vista, mientras que en Alemania se cuenta con el mercado más importante de Europa, en México la pobreza se tiene en niveles altos. Si bien es cierto que en nuestra Nación la Ley establece un salario mínimo como lo establece el artículo noventa de la Ley Federal del Trabajo, en la mayoría de los casos este resulta insuficiente para sufragar los gastos mínimos necesarios de la población mexicana:

"Artículo 90.- Salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo.

El salario mínimo deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

Se considera de utilidad social el establecimiento de instituciones y medidas que protejan la capacidad adquisitiva del salario y faciliten el acceso de los trabajadores a la obtención de satisfactores."¹⁴¹

En Alemania los principales sectores son la fabricación de automóviles, ingeniería mecánica, electrotecnia, química, ecotecnología, mecánica de precisión, ingeniería médica, biotecnología, nanotecnología, industria aeroespacial, logística. Las 500 empresas más grandes del mundo están presentes en el país, en total hay unas 45.000 empresas extranjeras. Inversiones extranjeras directas: 630.000 millones de dólares (2007).¹⁴²

Otra peculiaridad en México es la distribución de los ingresos ya que no se reparten de una forma homogénea, más bien se puede distinguir una clara desigualdad económica, territorial. También la igualdad de oportunidades esta sesgada estrechamente relacionada con problemas en los servicios sociales.

Dentro de México coexisten dos mundos. El ingreso per cápita en los estados norteños es más cercano al ingreso per cápita del sur de los Estados Unidos que al ingreso per cápita del sur mexicano. Los indicadores sociales, acceso a

¹⁴⁰ Vega Martínez Luis. *La Pobreza en México*, **Observatorio de la Economía Latinoamericana**, Número 44, junio 2005. <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2005/lvm-pobreza.htm>

¹⁴¹ Diario Oficial de la Federación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

¹⁴² La actualidad de Alemania. 19.01.2014 <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/contenido-home/cifras-y-datos/economia.html>

servicios públicos y calidad de servicios revelan así mismo un patrón geográfico similar. Además esto se ve exacerbado por marcadas diferencias entre los grupos étnicos.¹⁴³

Alemania dispone de infraestructuras altamente desarrolladas y en dinámico crecimiento. La red de vías férreas totaliza 41.000 km, la red de carreteras 230.000 km. La red de telecomunicaciones es una de las más modernas del mundo.¹⁴⁴

Ahora bien en nuestro país la infraestructura si bien esta en desarrollo también se puede decir que no ha alcanzado su mejor crecimiento:

“el sector de los hidrocarburos se encuentra en una encrucijada en lo que se refiere al desarrollo económico de México a largo plazo, en los últimos años, México ocupa el sexto lugar como productor de petróleo; sin embargo es el único productor importante que ha experimentado una marcada reducción en las reservas comprobadas de petróleo que ahora han descendido a menos de 10 años a los niveles actuales de producción. La economía y la base de exportaciones se han diversificado con respecto al sector petrolífero; sin embargo, el mismo aún representa el 15 por ciento de las exportaciones de mercadería. Además, el sector público mexicano sigue siendo sumamente dependiente de los ingresos petrolíferos, que en el año 2006 representaron el 38 por ciento de los ingresos totales del sector público, mientras que los ingresos tributarios no petrolíferos permanecen en un modesto 10 por ciento del PIB.”¹⁴⁵

Con lo que se exhibe que la riqueza natural de nuestra patria no es sinónimo de opulencia, abundancia o suficiencia económica, toda vez que presenta reducción en las reservas de petróleo.¹⁴⁶

Nuestra Nación ha realizado avances significativos, referentes a la infraestructura pero no ha logrado cubrir zonas marginales lo que denota un

¹⁴³ Banco Mundial. *Alianza Estratégica con el País para los Estados Unidos Mexicanos 2008-2013*. Primera edición. 2014 <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/contenido-home/cifras-y-datos/economia.html> México 2008. P. 16.

¹⁴⁴ Op. cit. La actualidad de Alemania. 19.01.2014

¹⁴⁵ Op. Cit. Banco Mundial. P. 20.

¹⁴⁶ Las reservas son cantidades de petróleo que se considera pueden ser recuperados comercialmente a partir de acumulaciones conocidas a una fecha futura. Todos los estimados de reservas involucran algún grado de incertidumbre. La incertidumbre depende principalmente de la cantidad de datos de ingeniería y genealogía confiables y disponibles a la fecha del estimado y de la interpretación de estos datos. Las reservas pueden ser atribuidas a las que pueden ser producidas por energía natural del reservorio o por la aplicación de métodos de recuperación mejorada. Las reservas probadas son las cantidades de petróleo que, por análisis de datos de geología e ingeniería, pueden ser estimadas con “razonable certeza” que serán recuperables comercialmente. Véase (OilProduction.net información+conocimiento Definición de Reservas Petroleras). Carrillo Bariandaran Lucio. *Oilproduction.net. Definición de Reservas Petroleras*. 02 de Mayo 2004 00:00 http://www.oilproduction.net/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=987:definicion-de-reservas-petroleras&catid=57:reservorios&Itemid=121

servicio heterogéneo y diferenciado, que dista de la situación que prevalece en Alemania:

“...en la provisión de carreteras, electricidad y agua, si bien persisten algunas brechas en las comunidades pobres, rurales e indígenas. El Banco ha estado apoyando los esfuerzos para ampliar la cobertura y la calidad de las carreteras a través del Préstamo Descentralizado de Desarrollo de Infraestructura (FY04,US\$108 millones)...el Banco también proveyó asistencia técnica relacionada con la reforma financiera de las autopistas y está brindando servicios arancelados de asesoramiento para la reforma institucional de las autopistas con peaje. Se brindó apoyo adicional al sector de infraestructura a través del Infrastructure Public Expenditure Review (Reseña del Gasto Pública en Infraestructura) (FY05) que analizó la efectividad y eficiencia del gasto en infraestructura pública para la provisión de agua y saneamiento, transporte y electricidad.”¹⁴⁷

Lo anterior indica el empeño que nuestro país realiza para poder cubrir las necesidades de la población para lo cual ha tenido que contar con el apoyo del Banco a través de préstamos.

4.1.3 SOCIAL

En México la pobreza tiene una incidencia altamente diferenciada entre varios grupos sociales. Resultando la población joven afectada. Lo cual se traduce en poco rendimiento escolar o desertamiento, entre otras cosas. Impactando la etapa formativa de los jóvenes.

El 45.7 por ciento de los adultos mayores se encontraba en condición de pobreza en 2010, lo que equivale a 3.5 millones de personas de 65 o más años; 0.7 puntos porcentuales más que en 2008, lo que corresponde a 300,000 adultos mayores. El porcentaje de la población menor a 18 años en situación de pobreza fue de 53.8 en 2010, lo que equivalía a 21.4 millones de niños y jóvenes; éste es el grupo con mayor porcentaje de pobreza en el país.¹⁴⁸

En Alemania una persona pobre es aquella que percibe aproximadamente 13,891 pesos mexicanos, misma que recibe ayudas estatales para no caer en la pobreza. Precedentemente no contaban con salario mínimo pero a partir del 2015 se estableció la cifra de 8,5 euros (151.39 pesos mexicanos) **por cada hora** de trabajo.

¹⁴⁷ Op. Cit. Banco Mundial. P. 42.

¹⁴⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México 2012, México DF. CONEVAL, 2012. Pp. 44-45.

En México en la actualidad el salario mínimo es de 64.76 pesos **diarios** para el área geográfica “A”, y de 61.38 pesos diarios para el área geográfica “B” el Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos acordó lo anterior para el 2013.

Así la sociedad alemana lleva una vida diferente desde su educación, ámbito laboral, remuneración, acceso a servicios:

“La sociedad alemana es una sociedad moderna y abierta: la mayor parte de la población dispone de una buena formación, un nivel de vida elevado en términos comparativos y notables márgenes de autonomía individual. Sin embargo, de forma similar a otras grandes naciones industriales, la sociedad alemana se enfrenta al reto de resolver los problemas asociados a la evolución demográfica, en particular el envejecimiento de la población. Además, transcurridos veinte años desde la reunificación tampoco se han superado del todo las consecuencias sociales de la división alemana. Al hilo de la globalización Alemania ha evolucionado hacia una sociedad de inmigración moderna con una creciente diversidad etnocultural y redoblado sus esfuerzos para integrar adecuadamente a los inmigrantes en la sociedad de acogida. El cambio socioeconómico de los últimos años, acelerado por las secuelas de la crisis económica y financiera mundial, ha conducido a la aparición de nuevas situaciones de riesgo social y una perceptible mayor fragmentación de las condiciones económicas de vida de la población. El último informe sobre pobreza y riqueza del Gobierno Federal señala que uno de cada cuatro alemanes es pobre o tiene que recibir ayudas estatales para no caer en la pobreza. Según la definición que se utiliza en los presupuestos de la UE, “pobre” es quien dispone de menos del 60% de la renta media. Para una persona que vive sola, ese umbral se sitúa hoy en unos 780 euros netos al mes.”¹⁴⁹

De lo anterior podemos advertir que tienen una tasa de natalidad baja, la esperanza de vida es alta, y la familia sigue siendo el primer grupo social de referencia. Por lo que la población joven es escasa, es de tomarse en consideración que el tipo de vida en sociedad difiere entre ambos países en demasía ya que en México no contamos con una tasa de natalidad baja, por lo que es mayor la población juvenil.

En México las Zonas de Atención Prioritaria (ZAP) son aquellas unidades territoriales con los índices de rezago social o de marginación más elevados, así como altos niveles en la incidencia y número de personas en pobreza alimentaria o pobreza extrema. Mediante estimaciones del CONEVAL con base en MCS-ENIGH 2008 y 2010 se encontró que: 77.8 por ciento de quienes residen en las ZAP se encuentran en condición de pobreza; esto quiere decir que suman 13.6 millones de personas en dicha condición. Al comparar con 2008, se observa que 2.5 por ciento más de las personas que residen en ZAP

¹⁴⁹ Op. Cit. La actualidad de Alemania. 19.01.2014

está en situación de pobreza, no obstante el número de personas absoluto sea el mismo.¹⁵⁰

Estas condiciones dificultan el desarrollo de la sociedad en diversos ámbitos, creando la atmósfera problemática de nuestro pueblo.

4.1.4 POLÍTICA

Este apartado le atañe al Derecho comparado, lo cual no obsta para que hagamos algunos comentarios. Si se pretende comprender el ordenamiento penal Alemán con sus concordancias o disimilitudes con respecto al Mexicano, parece conveniente realizar un estudio comparativo entre ambos países revisemos históricamente este rubro. Examinemos como surgió el federalismo tanto en Alemania como en México y su posterior evolución, ya que si bien es cierto una y otra nación cuentan con el federalismo en su sistema político presentan diversas facetas mostrando una fisonomía distinta para el observador interesado.

“Para entender el sistema penitenciario alemán hay que conocer el sistema federal que tienen como forma de gobierno, y que difiere con el modelo que en México tenemos, especialmente en las relaciones que se dan entre las (hasta octubre de 1990 eran once) dieciséis entidades federativas y el gobierno federal. Así, por ejemplo, algunas de las Entidades Federativas utilizan su relativa independencia para experimentar con prisiones abiertas. Si bien Alemania cuenta con un Código Penal federal, la administración de justicia y de las prisiones es facultad de cada entidad federativa. Esta estructura básica no ha variado desde el Imperio Germánico de 1871.”¹⁵¹

Por lo que resulta útil mostrar un cuadro comparativo de los dos países, en este sentido Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio realizaron una investigación de la cual consideramos algunas fechas sobresalientes por su relevancia, de igual manera señalaremos lo que a nuestro parecer constituyen algunas similitudes y divergencias, así como otros datos destacados tratando de explicar muy brevemente algunos aspectos históricos:

¹⁵⁰ Op. Cit. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. P. 47.

¹⁵¹ Fernández Muñoz Dolores E. EL SISTEMA DE SANCIONES EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. REVISTA JURÍDICA. BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca virtual. No. 76. Enero-Abril 1993. Nueva serie año XXVI. México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=76>

Alemania	Semejanzas y diferencias	México
<p>La primera referencia sobre la existencia de los germanos aparece durante las campañas del emperador romano Julio César en Galia (al norte de los Alpes y al oeste del Rin), del año 58 al 51 a.C. No obstante, el origen de los germanos se remonta a los teutónicos y los cimbrios, descendientes de los daneses. Estos pueblos invadieron las regiones mediterráneas entre los años 113 y 101 a.C. De la división del Imperio Carolingio, en el año 843, por el Tratado de Verdún, surgió el primer reino exclusivamente germánico, bajo Luis el Germánico. Durante el reinado de Otón I, coronado en <u>Roma</u>, en 936, Germania se convirtió por dos siglos, en el más poderoso reino europeo.</p>	<p><u>Semejanzas:</u></p> <p>inexistencia del federalismo en ambos países. A pesar de ser territorios habitados desde tiempos remotos aún no se constituían en los países que actualmente conocemos.</p>	<p>En el vasto territorio de lo que hoy es México, desde el segundo milenio antes de nuestra era hasta el año 1519, se desarrolló la excepcional civilización mesoamericana, compuesta de una gama de culturas originales: la olmeca, la maya, la mixteca, la teotihuacana, la azteca y la tolteca. En la parte más elevada de la región cultural, como simbólica pirámide natural, se encontraba el Valle de Anáhuac o de México, corazón de Mesoamérica.¹⁵⁴</p> <p>Siglo XVI (1521) los españoles al mando de Hernán Cortés conquistaron la antigua Tenochtitlán¹⁵⁵ dándole el nombre de la Nueva</p>

¹⁵⁴ Capítulos olvidados de la historia. *¿Cómo era la vida en el México Prehispánico? Selecciones México.* http://mx.selecciones.com/contenido/a2186_como-era-la-vida-en-el-mexico-prehispanico

¹⁵⁵ La palabra Tenochtitlán, deriva de las palabras tetl (piedra) y nochtli (tuna, que integradas a la palabra tlan determina abundancia, construyen la palabra tunal. El Código Borgia (manuscrito mesoamericano de contenido ritual y adivinatorio), dice que la palabra tetl en este caso tiene un muy particular significado: la piedra donde esta posado el tunal significa "Corazón de la Tierra", por la forma en que está representada. El nopal, planta de donde se derivan las tunas, proviene de la Diosa de la Tierra, y es esta representación quien otorga un carácter divino a la piedra original, y la ciudad misma. EL GRANTENOCHTITLAN EN 19:42 7 de junio 2009. <http://elgrantenochtitlan.blogspot.mx/>

<p>Durante los siglos XII y XIII <u>Alemania</u> experimentó una continua expansión y colonización territorial, estimulada por el crecimiento de la <u>población</u>.</p> <p>152</p> <p>En 1648 con la Paz de Westfalia¹⁵³ las relaciones de los Estados Alemanes estuvieron marcadas por cierta independencia y la lucha por el poder al interior del Sacro Imperio Romano Germánico</p>		<p>España periodo que termina en 1821 con la Independencia de México.</p>
<p>En 1806 la separación del Imperio lleva a la formación de Estados Alemanes, con límites fronterizos arbitrarios y no era tomada en cuenta necesariamente la cultura en los asuntos políticos y territoriales.</p> <p>No es hasta el siglo XIX que aparece una Confederación que comparte el deseo de</p>	<p><u>Semejanzas:</u></p> <p>El regionalismo mexicano y los Estados alemanes.</p> <p><u>Diferencias:</u></p> <p>En México el regionalismo sí tomaba en cuenta su geografía y su estructura política y</p>	<p>Siglo XVIII, tendencias hacia el regionalismo debido en parte a sus particularidades geográficas, y la estructura político-administrativa de “Intendencias” en 1786.</p> <p>La Constitución de Cadiz de 1812 monarquía constitucional según modelos liberales, por un</p>

¹⁵² Manning Martín del Campo Antonio. *Historia de Alemania. Monografías.com.* <http://www.monografias.com/trabajos23/alemania/alemania.shtml>

¹⁵³ El término de **Paz de Westfalia** se refiere a los dos tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados el 15 de mayo y 24 de octubre de 1648, respectivamente, este último en la Sala de la Paz del Ayuntamiento de Münster, en la región histórica de Westfalia, por los cuales finalizó la Guerra de los Treinta Años en Alemania y la Guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos.

<p>unidad y la autonomía de los Estados.¹⁵⁶</p>	<p>en Alemania los límites fronterizos eran arbitrarios.</p>	<p>breve lapso; división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Federal), las provincias emprendieron facultades administrativas y políticas. En 1821 la independencia de México con respecto a España; derrumbe del gobierno imperial en 1823.¹⁵⁷</p>
<p>En 1848 con la Constitución del Imperio Alemán llegó el Estado federal. En 1866 la derrota de la monarquía del Danubio dio paso a la creación de la Confederación del Norte de Alemania teniendo a Prusia como guía. En 1919 dominaron las fuerzas unitarias y centralistas. El Estado Alemán desde su origen presento una estructura asimétrica, y los Estados libres se fueron degradando a la categoría de</p>	<p><u>Semejanzas:</u> La Constitución en ambos países si bien difieren con 24 años siendo primero la de México. En nuestra Constitución de 1824 la república tomaba el nombre de <u>Estados Unidos Mexicanos</u>, y era definida como una República Federal Representativa.</p>	<p>En 1824 la elaboración y proclamación del “Acta Constitutiva” y la Constitución después del derrocamiento del 1er. Imperio Mexicano de Agustín de Iturbide, favorecieron el federalismo. Sin embargo no existían Estados en México, sólo provincias así el federalismo mexicano puede ser descrito como producto de pensadores e ideólogos uno de los más importantes fue don Miguel</p>

¹⁵⁶ (Véase) Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio. *La federalización de la política cultural en México: ¿Alemania como modelo?* 1ª. Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2011. P. 151.

¹⁵⁷ Op.Cit. Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio. pp. 171 y 172.

<p>Estados miembros (<i>Länder</i>¹⁵⁸). Este federalismo debilitado declinó hacia el nacionalsocialismo 1933 y 1934.¹⁵⁹</p>	<p>No logro consolidarse el federalismo en ambos países.</p>	<p>Ramos Arizpe. Así como una cierta influencia del federalismo estadounidense.¹⁶⁰</p>
<p>En 1945 y 1949 después de la Segunda Guerra Mundial la reincorporación del federalismo en la Alemania Occidental se intentaba fundar un Estado central, lo cual resultó ser un cambio a nivel gobierno al cual no le incumbía la cultura y tradiciones. Los jefes de Gobierno de los Estados miembros en la zona ocupada por las potencias occidentales convocaron a una Asamblea Constituyente con este objetivo los Parlamentos locales crearon un Consejo Parlamentario con la tarea de elaborar y acordar una Constitución para un nuevo Estado alemán teniendo presente el principio de la igualdad de los estados miembros y las diferencias en</p>	<p><u>Semejanzas:</u> Periodo de drásticos cambios políticos en uno y otro país. <u>Diferencias:</u> En Alemania los gobiernos de los estados miembros participarían en la formación de la voluntad política de la Federación en México una Cámara de Senadores electa por votación popular directa como representación de los estados . En México prevalecía el presidencialismo sobre el federalismo considerándose a este inexistente de</p>	<p>Siglo XIX una oscilación entre el federalismo y el centralismo. Época de inestabilidad política. Durante la dictadura de don Porfirio Díaz (1884-1911) el carácter federal del Estado sólo existía en el texto constitucional, abierta contradicción entre este y la realidad. Desigualdad económica, extrema situación de injusticia social que llevó a la Revolución Mexicana de 1910. En 1917 la Constitución federal vigente en nuestros días y la cual es una versión reformada de la de 1857.</p>

¹⁵⁸ Estado en Alemán.

¹⁵⁹ *Ibidem.* pp. 152 y 153.

¹⁶⁰ *Ibidem.* P. 173.

<p>el número de habitantes. Los gobiernos de los estados miembros participarían en la formación de la voluntad política de la Federación.</p>	<p>hecho.</p>	
<p>1949 la “Ley Fundamental” (<i>Grundgesetz</i>). En 1969-1982 se habla institucionalmente de un “Estado Federal Unitario” (<i>Unitarischer Bundesstaat</i>); el 31 de agosto de 1990 se firmó el Tratado de Unificación por el Parlamento o Dieta (<i>Bundestag</i>) y el Consejo Federal. En 1990 la República Federal Alemana está constituida por el ámbito federal (<i>Bund</i>) y por 16 estados miembros (<i>Länder</i>)</p>	<p><u>Semejanzas</u> y <u>diferencias</u>, <u>Constitucionalmente:</u> Alemania es una República, Federal, democrática, representativa y parlamentaria. México es una República representativa, democrática, laica, y federal.</p>	<p>Permanencia en el poder del Partido Revolucionario Institucional desde 1939 hasta 2000. Presidencialismo. México es una República Federal formada por tres niveles de gobierno federal, estatal (formado por 31 estados y el Distrito Federal) y municipal formado por 2 417 municipios. Los gobernadores crearon la Conago.</p>

Resulta conveniente destacar que desde el origen de la Ley Fundamental Alemania se buscó el control y el equilibrio del poder, la unidad y y creación de condiciones de vida uniformes y la influencia de los *Länder*, la permanencia de estos objetivos trazados se ha debido a las características de la cultura política alemana. En la actualidad, los parlamentos locales disponen de muy escasas competencias en materia legislativa lo cual resulta muy peligroso para el federalismo alemán en oposición los gobiernos de los *Länder* han ganado fuerza y presencia. En México del mismo modo contamos con un federalismo pero su génesis y evolución como hemos visto ha sido distinta.

En este orden de ideas tenemos que en México tenemos una nación democrática, federal y laica como lo establece el artículo 40 de nuestra Constitución:

“Artículo 40. *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.*”¹⁶¹

Artículo reformado DOF 30-11-2012

El gobierno esta soportado por un sistema presidencial, en concordancia al artículo 80 del mismo ordenamiento:

“Artículo 80. *Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos."* ¹⁶²

Artículo original DOF 05-02-1917

Cuenta con un sistema pluripartidista, el Gobierno Federal denominado constitucionalmente Supremo Poder de la Federación. Está constituido por los tres poderes de la Unión, mismos que son independientes entre sí, los estados constituyentes de la federación tienen un gobierno republicano con un sustento de sistema congresual de conformidad a lo establecido en sus respectivas constituciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41 primer párrafo de nuestro máximo ordenamiento:

“Artículo 41. *El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del*

¹⁶¹ Diario Oficial de la Federación Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

¹⁶² Ídem.

*Pacto Federal.*¹⁶³

Por su parte el Gobierno de la República Federal Alemana ejerce el poder ejecutivo de la Federación. También es denominado Gabinete federal (*Bundeskabinett*) y se compone del canciller federal y de los ministros federales. Constitucionalmente su papel está fundamentado en los artículos 62 hasta el 69.

“El Estado federal alemán es un tejido complejo. Está compuesto por el Estado central –la Federación (Bunxddd)– y los dieciséis Estados Federados (Länder). La Ley Fundamental fija en un detallado orden de competencias qué materias corresponden a la Federación y respectivamente a los Länder...la Ley Fundamental exige la equiparabilidad de las condiciones de vida en el conjunto del país. Estas vienen determinadas esencialmente por la política económica y la política social. El régimen de financiación alemán reconoce a los Estados Federados un notable margen de maniobra. Todos los impuestos que generan ingresos sustanciosos para las arcas públicas se regulan mediante leyes federales, las cuales, no obstante, requieren la aprobación del Bundesrat, la cámara de representación territorial. Una parte de esos impuestos se destina exclusivamente a la Federación o a los Estados Federados, en tanto que otros, incluidos los impuestos de mayor recaudación, se reparten entre la Federación y los Estados Federados. En este sentido el Estado federal alemán se asemeja a un Estado unitario. Sin embargo, los Estados Federados controlan gran parte de la capacidad administrativa del Estado como un todo. En la administración alemana prevalecen pues los elementos federalistas. Las administraciones de los Estados Federados por una parte aplican sus respectivas leyes propias, pero además ejecutan la mayor parte de las leyes federales. Debido al cúmulo de funciones transferidas por la Federación a los Estados Federados, en el pasado muchos Estados Federados se vieron obligados a endeudarse fuertemente. En 2009 se aprobó una modificación constitucional que les prohíbe tomar nuevos créditos a partir de 2020 y fija el tope de déficit público autorizado para la Federación en el 0,35% del producto interior bruto a partir de 2016, salvo en situaciones de crisis económica.”¹⁶⁴

4.2 NORMATIVA QUE PREVÉ DELITOS ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL.

Resulta importante mencionar que la Suprema Corte de la Nación tiene un compendio¹⁶⁵ de los Delitos Especiales en la Legislación Federal del Estado Mexicano. No se realizará un análisis de cada uno de los Delitos Especiales contenidos en las Leyes Federales, por exceder las características del presente trabajo de investigación únicamente de manera enunciativa se mencionara algunas de las Leyes Federales, especificando los Títulos y Capítulos que en

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Op. Cit . La actualidad de Alemania. 19.01.2014

¹⁶⁵ <http://www2.scjn.gob.mx/red/delitos/inicio.html> 27 de marzo 2014 (artículos que contienen delitos especiales y el texto completo de la Ley)

su contenido prevén este tipo de Delitos. Los Delitos Especiales, están contenidos en las Leyes Federales, Generales, y en el Código Fiscal de la Federación, que son las siguientes:

- **Código Fiscal de la Federación:** Título Cuarto de las Infracciones y Delitos Fiscales. Capítulo II de los Delitos Fiscales.
- **Ley de Ahorro y Crédito Popular:** Título Sexto de las Sanciones, Delitos y Notificaciones. Capítulo II de los Delitos.
- **Ley de Amparo:** Título Quinto. Medidas Disciplinarias y de Apremio, Responsabilidades, Sanciones y Delitos. Capítulo III. Delitos.
- **Ley de Concursos Mercantiles:** Título Décimo Primero. Capítulo Único. De los delitos en situación de concurso mercantil.
- **Ley de Instituciones de Crédito:** Título Quinto. De las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos. Capítulo IV De los Delitos.
- **Ley del Mercado de Valores:** Título de las Infracciones y prohibiciones de mercado y de los delitos. Capítulo II.
- **Ley de Migración:** Título Octavo de los Delitos en Materia Migratoria. Capítulo Único. De los Delitos.
- **Ley Federal de Sanidad Animal:** Título Décimo Primero. De la Denuncia Ciudadana, Recurso de Revisión, Infracciones y Delitos. Capítulo IV. De los Delitos.
- **Ley Federal de Sanidad Vegetal:** Título Cuarto. De los Incentivos, Denuncia Ciudadana, Sanciones, Recurso de Revisión, y Delitos. Capítulo V.
- **Ley de Fondos de Inversión:** Título Cuarto. Disposiciones Finales. Capítulo Quinto. De la revocación y de los procedimientos administrativos. Sección II. De los procedimientos Administrativos. Apartado F. De los Delitos.
- **Ley de Instituciones de Crédito:** Título Quinto. De las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos. Capítulo IV. De los Delitos.
- **Ley del Seguro Social:** Título Sexto. De las responsabilidades, infracciones, sanciones, y delitos. Capítulo III. De los Delitos.
- **Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro:** Sección III. De la Intervención Administrativa y Gerencial. Capítulo VII. De los Delitos.

- **Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:** Título Primero. Disposiciones generales. Capítulo Único. Naturaleza, objeto y aplicación de la Ley.
- **Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos:** Título Cuarto. Sanciones. Capítulo Único.
- **Ley Federal de Instituciones de Fianzas:** Título III. Facultades de la Administración Pública. Capítulo VI. Infracciones y Delitos.
- **Ley General de Salud:** Título Décimo Octavo. Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos. Capítulo VI. Delitos.
- **Ley de la Propiedad Industrial:** Título Séptimo. De la Inspección, de las infracciones, y Sanciones Administrativas y de los Delitos. Capítulo III.
- **Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares:** Capítulo XI. De los Delitos en Materia del Tratamiento Indebido de Datos Personales.
- **Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura:** Relativos a Delitos Especiales: Artículos. 3º; 4º; 5º; 10º; y 11º.
- **Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas:** Capítulo VI. De las Sanciones.
- **Ley Federal del Trabajo:** Título Dieciséis. Responsabilidades y Sanciones.
- **Ley General de Bienes Nacionales:** Título Séptimo. De las sanciones. Capítulo Único.
- **Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros:** Título Quinto. De las Facultades de las Autoridades de los Procedimientos y de las Sanciones. Capítulo III. De las Infracciones y Delitos.
- **Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito:** Título Sexto. De las Infracciones y Delitos. Capítulo II de los Delitos.
- **Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo:** Título Séptimo. De las Sanciones, Delitos y Notificaciones. Capítulo II. De los Delitos.
- **Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Capítulo II.
De los Delitos en Materia de Secuestro.

- **Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos**¹⁶⁶: Libro Primero. De lo Sustantivo. Título Segundo. De los Delitos en Materia de Trata de Personas. Capítulo II. De los Delitos en Materia de Trata de Personas. Reglas Comunes para los Delitos Previstos en esta Ley.
- **Ley Federal de Juegos y Sorteos:** Artículos 1º. 12º. Y 13º.
- **Ley sobre Delitos de Imprenta.**
- **Ley de Vías Generales de Comunicación:** Libro Séptimo. Sanciones. Capítulo Único.
- **Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado:** Título Sexto. De las Responsabilidades y Sanciones.

Debemos señalar que una gran cantidad de Delitos Especiales se ubican en los apartados denominados de las “Sanciones” y no únicamente en los denominados de los “Delitos”. Se advierte además la diversidad de Leyes Federales que cuentan dentro de su contenido con Delitos Especiales, como ya hemos visto esta “especialidad” no deviene de una característica distintiva de delito, el término se da únicamente por encontrarse en estas otras Leyes diversas al Código Penal Federal.

4.2.1 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Los Delitos Especiales están contemplados en una variedad heterogénea de leyes, por las características específicas del presente trabajo es menester nuestro enfocarnos en una de ellas, que resulte ejemplificativa. Para tal

¹⁶⁶ Legislación toda vigente en febrero del año 2014. DOF.

propósito profundizaremos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Para ello comencemos por intentar esbozar un concepto de ella.

Raúl Carrancá y Rivas plantea la interrogante con la que quisiéramos dar inicio a este tema de la delincuencia organizada, señala al dar respuesta a la misma que es una adopción de un concepto de la legislación norteamericana:

“¿Qué es eso de “delincuencia organizada”? Si nos atenemos al sentido etimológico de las palabras, y por supuesto semántico, hay tal delincuencia a partir del momento en que son más de dos los que cometen un delito; ya que organizar es en caso establecer algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados (los de comisión del delito). O sea, que siempre hay “delincuencia organizada”. Es importante precisarlo porque la **Ley** castiga con inusitada severidad, anticonstitucional, privando además al sujeto pasivo del ejercicio de garantías individuales, sólo sobre la base de una idea y de unas palabras que no encajan jurídicamente en la realidad (...) El origen del error se halla en la adopción de un concepto que tiene sitio en la legislación norteamericana, tan respetable en sus fuentes pero tan ajena a nuestra tradición y conformación jurídicas (...) el propósito de esto es obtener resultados a como dé lugar, particularmente en la llamada lucha contra el narcotráfico y que se ha prestado a tanto abuso legal y jurídico en la relación de México con los Estados Unidos. Su signo es la “eficacia” a ultranza (...)”¹⁶⁷

La continua y persistente copia de las legislaciones extranjeras nos ha conducido a un verdadero laberinto, y enredo normativo, ya que no se toman en cuenta las condiciones reales de nuestro país, trátase de conceptos como es el caso de la delincuencia organizada o de filosofía jurídica como lo vimos en el capítulo tercero del presente trabajo.

Sin embargo la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada indudablemente tiene una base de orden político internacional consecuencia del pensamiento mundial y sus experiencias. Lo que podemos aseverar es que existen antecedentes de corte muy difundido entre muchos países algunos de estos son:

- Cuarto Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Kioto, Japón 17 al 26 de Agosto de 1970.
- Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra, Suiza 1 al 12 de Septiembre de 1975.

¹⁶⁷ Carrancá y Rivas Raúl. *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada Anotada*. Porrúa. México Distrito Federal. 2006. P. 11.

- Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Caracas, Venezuela 25 de Agosto al 5 de Septiembre de 1980.
- Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia 26 de Agosto al 6 de Septiembre de 1985.
- Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias, mejor conocida como la “Convención de Viena” Viena, Austria 25 de Noviembre al 20 de Diciembre de 1988.
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La Habana, Cuba 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990.
- Comisión de Previsión del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas. Viena, Austria 21 al 30 de Abril de 1992.
- Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas. Viena, Austria 13 al 23 de Abril de 1993.
- Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada. Nápoles, Italia 21 al 23 de Noviembre de 1994.¹⁶⁸

Lo que muestra la inclinación internacional de las bases de esta Ley. La naturaleza ilegal y altamente secreta del fenómeno implica enormes dificultades para la obtención de información de primera mano sobre su funcionamiento y complicaciones para la realización del trabajo de campo.¹⁶⁹

Lo anterior no imposibilita su investigación y delimitación.

En este sentido Alfredo Dagdug Kalife comenta: cuando escuchamos la palabra “mafia”, “crimen” o “delincuencia organizada”, nos vienen a la memoria pensamientos novelescos. Sin embargo, estos términos se utilizan cotidianamente, pues es un fenómeno real que a lo largo de varias décadas ha

¹⁶⁸ (Véase el contenido de dichos instrumentos de las Naciones Unidas) Alvarado Martínez Israel. **Análisis a la Ley Federal, contra la delincuencia organizada**. Porrúa: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004. Pp. 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

¹⁶⁹ De la Torre Torres Rosa María. **Terrorismo y crimen organizado. Aspectos jurídicos y conceptuales**. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Secretaria de Difusión Cultural y Extensión Universitaria. México. 2008. P. 149.

azotado a la humanidad.¹⁷⁰ Por lo que hay que quitarle el velo, y trabajar en su estudio desde el aspecto, práctico, histórico y verídico.

4.2.2 CONCEPTO DELINCUENCIA ORGANIZADA

Por lo que se refiere al concepto no es una tarea fácil establecer un solo significado a tal término, ya que por ser una figura jurídica internacional, existen diversos criterios al respecto.

No obstante Moisés Moreno Hernández señala que el crimen organizado ha sido conceptualizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez. Se caracteriza porque sus acciones no son impulsivas, sino más bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y de poder real; su pretensión no es tanto el poder político, el cual le interesa, más para propósitos de protección. En caso extremo, el propósito de la delincuencia organizada no es competir con el gobierno sino utilizarlo.¹⁷¹

Esta característica mencionada en la última parte del párrafo anterior, la hace contrastar con la asociación delictuosa, y le atribuye una fisonomía muy particular.

Alfredo Dagdug Kalife al tratar de conceptualizarla, primero menciona la existencia de dos formas principales de denominación: delincuencia organizada o criminalidad organizada; ambos términos son utilizados internacionalmente; así mismo hace una diferenciación entre la delincuencia organizada nacional y la transnacional. Internacionalmente acaecen dificultades para encontrar un

¹⁷⁰ Dagdug Kalife Alfredo. *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*. Editorial Porrúa. México. 2006. P. 3.

¹⁷¹ Brucet Anaya Alonso Luis. *El Crimen Organizado. (Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. Editorial Porrúa. México. 2001. Pp. 60 y 61.

concepto generalizado, pero considera sí prevalece un consenso sobre sus elementos que le son característicos.¹⁷²

Y siendo que la delincuencia organizada transnacional es un gran negocio y que en 2009 se estimó que generaba 870 miles de millones de dólares por año, lo que equivale al 1,5 % del PIB mundial. Resulta de vital importancia señalar las piezas que la componen.

En virtud de las dificultades que existen para un concepto uniforme, podemos señalar sus características. La Unión Europea se ciñe por los siguientes “indicadores conceptuales mínimos”:¹⁷³

- a) Concurrencia de más de dos personas para la comisión de delitos.
- b) Reparto de tareas.
- c) Actuación por un periodo prolongado o indefinido.
- d) Utilización de alguna forma de disciplina o control.
- e) Sospecha fundada de comisión de delitos que, por sí solos o de forma global, se consideren graves.
- f) Ámbito de actuación internacional.
- g) Empleo de la violencia o de medios intimidatorios.
- h) Uso de estructuras comerciales o de negocios.
- i) Actividades de lavado de dinero.
- j) Ejercicio de influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales y en las esferas económicas.
- k) Búsqueda de beneficios o de poder.

En la Reunión de Expertos sobre Crimen Organizado, celebrado en La Haya, en 1994, se llegó a la conclusión de cómo mínimo debían concurrir los indicadores comprendidos en los incisos a), b), c), d), e), f), y k).¹⁷⁴

Sin embargo no son todas las características que pudieran atribuírsele. Desde el punto de vista criminológico, el Dr. Sergio Correa García, concede al crimen organizado las siguientes características estructurales:

¹⁷² Op. Cit. Dagdug Kalife Alfredo. P. 41.

¹⁷³ Ibídem. Pp. 42 y 43.

¹⁷⁴ Ibídem. P. 43,

- Estructura piramidal con emisión de órdenes de manera anónima;
- Importancia del rol que desempeñe el delincuente en la estructura delincinencial;
- Alta especialización en el trabajo criminal;
- Utilización de medios predatorios y la conspiración, y
- La finalidad que se persigue es la acumulación de capitales a través de criterios empresariales de costo-beneficio.¹⁷⁵

Así mismo establece, las relativas a la división del trabajo, y sus actividades principales en muchos países son:

- 1) Desvío de ayuda humanitaria;
- 2) Criminalidad ecológica;
- 3) Toma de control directo de agencias gubernamentales;
- 4) Venta de materiales y tecnología nucleares;
- 5) Tráfico de órganos humanos;
- 6) Fabricación de tarjetas de crédito falsas, y
- 7) Robo y renta de niños.¹⁷⁶

En el ámbito profesional hay quienes para arribar al concepto de delincuencia organizada prefieren hacerlo por separado atendiendo a cada uno de sus términos.

El concepto de delincuencia, no es un concepto eminentemente jurídico, sino que se trata de un vocablo sociológico y de Política Criminal, que debe preferirse al de CRIMINALIDAD, puesto que en nuestra dogmática jurídica, no empleamos el término de crimen, sino el de delito. La diferencia entre ambos vocablos, estriba en las directrices de Política Criminal que el Estado asume frente a hechos delictivos.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Alvarado Martínez Israel. *Análisis a la Ley Federal, contra la delincuencia organizada*. Porrúa: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004. P. 7.

¹⁷⁶ *Ibidem*. P. 8.

¹⁷⁷ Alvarado Martínez Israel. *Análisis a la Ley Federal, contra la delincuencia organizada*. Porrúa: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004. P. 1.

La delincuencia se refiere al acto de cometer delitos. Veamos que señala el Diccionario de la Real Academia Española: Conjunto de delitos, ya en general o ya referidos a un país, época o especialidad en ellos.¹⁷⁸

Otra característica más que puede asignársele, es la ubicación del grado de riesgo que implica para la sociedad la delincuencia organizada. No todos los delitos tienen en su resultado el mismo grado de daño perpetrado, por lo que existen niveles de “peligrosidad” por decirlo de alguna manera, y se han contemplado ciertas categorías para diferenciarlas veamos algunas:

De los niveles de delitos desde el punto de visto criminológico.

- Delitos convencionales o tradicionales, y
- Delitos evolucionados o modernos

La delincuencia organizada, debido a sus particularidades ya señaladas corresponde a este último grado de delitos evolucionados o modernos. De los niveles de delitos desde el punto de vista Jurídico. Establece Fernando Gómez Mont, existe a escala constitucional una diferenciación de los niveles de delincuencia a combatir a cargo del Estado que deberán servir para que éste diseñe su política penal, los cuales son:

- 1) Delitos no violentos;
- 2) Delitos violentos, y
- 3) Delincuencia organizada.¹⁷⁹

Alvarado Martínez hace hincapié en que son “*características*” las antes mencionadas, respecto a la diferenciación de los niveles de delitos que se presentan desde la perspectiva jurídica ya que no existe una clasificación de los delitos desde la perspectiva jurídica, ni legal, ni doctrinal, la diferenciación que se presenta en la práctica atiende al tratamiento procesal que recibe cada uno de ellos.

¹⁷⁸ **Diccionario de la Lengua Española.** Decimonovena edición. Tomo 2. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970.

¹⁷⁹ Op. Cit. Alvarado Martínez Israel. P. 4.

En este sentido nuestra Constitución mexicana distingue a los delitos graves y no graves, el Código Federal de Procedimientos Penales por su parte establece un listado de cuáles son considerados como delitos grave.

En cuanto se refiere al término Organización se tiene que el Diccionario de la Real Academia Española indica: Disposición, arreglo, orden. Término que tiene su origen en el verbo Organizar cuyo significado es: Establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden armonía, y dependencia de las partes que la componen o han de componerla.¹⁸⁰

TIPOS DE CRIMINALIDAD Y MODELOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES

María Eloisa Quintero distingue tres tipos de criminalidad organizada:

- Organización del crimen colectivo. Consiste en la actividad preparatoria de un delito que se cometerá por parte de más de una persona; tanto por el número de sujetos envueltos en el proyecto delictuoso como por su complejidad, implica normalmente una actividad organizada de “predisposición de hombres y medios”, la cual tiene una permanencia limitada en el tiempo que termina con la consumación del delito (por ejemplo, el robo a mano armada de un banco implica, la mayoría de las veces, una actividad preliminar organizativa que incluye la distribución de roles y cargos: un jefe, un conductor, alguien que luego lavará dinero, etcétera).
- Microorganizaciones criminales. Cuando la actividad organizativa de “predisposiciones de hombres y medios” no se manifiesta en la actividad preparatoria de la comisión de un delito particular, pero tiene características permanentes que se traducen en la constitución de una verdadera sociedad criminal, con distribución de roles y funciones estables entre los socios [...]
- Macroorganizaciones criminales. Se habla de macroorganizaciones criminales cuando el grupo delictivo tiene notables dimensiones por el número de componentes y fungibilidad de elementos, amplia gama de tipologías de delitos cometidos, capacidad de afianzamiento en el territorio y permanencia en el tiempo [...]¹⁸¹

Dicha distinción es enfocada principalmente tanto a su permanencia en el tiempo como a las actividades preparatorias, permanentes, y de afianzamiento de un delito, que realizan en cada tipo sugerido. En el estudio de esta forma delincencial Rosa María de la Torre Torres advierte que se presenta a las organizaciones criminales como un ente altamente jerarquizado con códigos de conducta internos desviados hasta el límite contrario en el que se sitúa una exhibición en la cual el crimen organizado sería un conjunto de relaciones más

¹⁸⁰ *Diccionario de la Lengua Española*. Decimonovena edición. Tomo 4. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970.

¹⁸¹ Quintero Eloisa María. *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*. 2ª. Edición. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Pp. 62 y 63.

o menos temporales dentro de un mundo que tiende a traspasar con extrema facilidad los mundos de la legalidad y de la ilegalidad.¹⁸² Refiere que existen “Modelos de organizaciones criminales” como son el Modelo Padrino de estructura jerarquizada, el Modelo Empresarial de estructura económica tal como su nombre indica constituido por individuos empresarios. Y el Modelo transnacional que presenta tres diferencias fundamentales con fases anteriores del fenómeno: una operatividad a escala mundial, unas conexiones transnacionales extensivas y, sobretodo, la capacidad de retar a la autoridad nacional e internacional.¹⁸³

Otros tipos de modelos los presenta Carlos Antonio Flores Pérez, el *Centralizado-descendente-incremental*, la forma de articular el vínculo, donde el control se ejerce estrictamente desde el poder, y el *Atomizado-multidireccionado-incremental*, donde el control central se ha perdido ya y la supremacía dentro de la relación se encuentra en disputa.¹⁸⁴

Refiriéndonos a esta relación con el poder, paralelamente al incremento de la delincuencia organizada, se puede observar que en México en el año 2013, se ha incrementado el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional.¹⁸⁵ Lo cual muestra el impulso y desarrollo que ha alcanzado dicha criminalidad. Por lo que debemos prestar atención al perfeccionamiento de este tipo de organizaciones. Peter LUPSHA construye una categorización que consiente la observación de su desarrollo. Dividiéndola en tres etapas.

1ª. Etapa constituida por una pandilla callejera o un grupo reducido enraizado en un lugar concreto.

2ª. Etapa estos grupos pasan de la etapa predatoria a otra parasitaria cuando desarrollan una interacción corruptora con los sectores legítimos de poder.

¹⁸² Op. Cit. De la Torre Torres Rosa María. P. 150.

¹⁸³ Ibídem. P. 151.

¹⁸⁴ Flores Pérez Carlos Antonio. **El Estado en crisis: Crimen organizado y política. Desafíos para la consolidación democrática.** Primera edición. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. (Publicaciones de la Casa Chata). México. 2009. Pp. Op. Cit. Flores Pérez Carlos Antonio. P. 139.

¹⁸⁵ Se muestra tabla de índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional en 2013, México ocupa el lugar 106 de un total de 175 posiciones. Ver Transparencia Internacional. Global Corruption Barometer 2013. www.transparency.org o http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2013_globalcorruptionbarometer_en?e=2496456/3903358#search

Extiende sus redes a los sectores legítimos de la economía. La corrupción política, que acompaña la provisión de bienes y servicios ilícitos, suministra estos nexos de unión y el crimen organizado pasa a ser un socio, más que un sirviente del estado.

3ª. Etapa simbiótica los sectores políticos y económicos legítimos se hacen dependientes para su propio mantenimiento de los monopolios y las redes del crimen organizado. Otro factor actual lo constituye la transnacionalización.¹⁸⁶

Al respecto de esta categorización podemos señalar que la primera etapa, no constituye propiamente a lo que denominamos delincuencia organizada, y a la secuencia criminal subsiguiente pareciera que le faltan partes de desarrollo que no terminan de encajar, en el desenvolvimiento delincencial.

4.2.3 ANTECEDENTES EN MÉXICO

Ahora bien la delincuencia organizada, en México tiene sus propias características, génesis y evolución. Es esencial mencionar que emprendemos este estudio a partir del Derecho Penal precortesiano, se realiza una búsqueda de los hechos que dieron origen a esta figura jurídica, no en sí a tal figura toda vez que la normativa de aquella época no tuvo injerencia con nuestra actual legislación, como lo señala Ricardo Franco Guzmán quien especifica que la situación del Derecho penal en México anterior al siglo XX era la siguiente:

“Las leyes penales de los pueblos indígenas (aztecas, mayas, etc.) no influyeron en lo absoluto en las disposiciones de la época colonial y del México independiente”.¹⁸⁷

Después de esta advertencia partamos del Derecho Penal precortesiano Luis A. Brucet Anaya realizó una investigación de la normatividad, penalidad, tribunales y prisiones, en el rastreo de vestigios de una posible delincuencia organizada en nuestra nación, encontrando en ese periodo: poca o nula actividad organizativa criminal. La criminalidad indígena era sumamente individualista, egoísta por así decirlo, cuyo móvil reflejaba, en cierto sentido, una conducta ética regida por los dogmas de la religiosidad. Por ello

¹⁸⁶ Op. Cit. De la Torre Torres Rosa María. Pp. 150 y 151.

¹⁸⁷ Franco Guzmán Ricardo. *Breve antología penal*. Editorial Porrúa. México. 2012. P. 48.

encontramos que la penología era sumamente drástica, brutal en su mayoría, regida por los principios que había establecido el orden militar y religioso.¹⁸⁸ Contábamos con leyes creadas por nuestros gobernantes, y tribunales con una clasificación inicial:

“...la conformación de la normatividad penal estuvo basada en la delimitación del conjunto de leyes hechas por los reyes que asumían el poder, Netzahualcóyotl y Nezahualpintzintli. En cuanto a los tribunales tenían el Tecpilcalli, encargado de atender los juicios provenientes de delitos cometidos por los cortesanos y altos militares, el Tecalli casa de jueces donde comparecían los quejosos, el Tlacxitlan, donde eran juzgados los que serían ahorcados y los que serían desterrados del reino. El Cihuacóatl, tribunal del Tlatoani recibía todas las causas, en grado de apelación cuya sentencia había sido de muerte. El Tribunal de Guerra, el Eclesiástico y Escolar.”¹⁸⁹

Resulta interesante destacar que nuestro sistema de encarcelamiento se conformaba en dos sentidos, ambos de breve estancia, uno destinado a las personas que habían cometido acciones delictivas consideradas como leves, y otra destinada al paso para los delincuentes que permanecían en espera de que se les dictara la pena de muerte. Por lo que no se contaba con prisiones como las que actualmente conocemos, de estancia prolongada.

No obstante señala Brucett Anaya que existían los actos delictuosos, que tentativamente cabrían en una suposición de existencia de delincuencia organizada, los cuales abarcarían fundamentalmente la comisión de los delitos de falsificación de moneda, asalto en caminos despoblados, tráfico de armas, y los actos delictivos cometidos contra los menores de edad, básicamente cuando una vez secuestrados eran traficados para iniciarlos en la prostitución o el esclavismo. [Sic]¹⁹⁰

En cuanto a esta *suposición* ateniéndonos al concepto de delincuencia organizada, o a las características que le constituyen y que hemos revisado¹⁹¹, específicamente la relativa a su relación con el poder o el gobierno. No puede demostrarse un nexo real de estas actividades criminales con las entidades de gobierno o poder, de aquel tiempo.

¹⁸⁸ Brucet Anaya Alonso Luis. *El Crimen Organizado. (Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. Editorial Porrúa. México. 2001. Pp. 188-189.

¹⁸⁹ *Ibidem*. Pp. 185, 187, y 188.

¹⁹⁰ *Ibidem*. P. 189.

¹⁹¹ Ver supra. Concepto y características de delincuencia organizada.

Dentro del marco jurídico Colonial, menciona Luis A. Brucet Anaya, contábamos con lo siguiente:

- Recopilación de Indias de 1680, cuyo nombre completo es Sumarios de la Recopilación General de Leyes, o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, que reúnen leyes, cartas, pragmáticas, cédulas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, autos y otros impresos. Esta Recopilación se estructuró en ocho grandes libros, siendo el Libro VI del Derecho Penal.
- Ordenanzas de Bilbao de 1737, siendo las Ordenanzas de comercio lo que originó el nacimiento de lo que conocemos por Ordenanzas de Bilbao que se ocupan de la materia mercantil, influencia de nuestros Códigos de comercio de 1854, 1884 y 1890.
- Ordenanzas de Minería de 1783, su nombre completo es Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal, versaban sobre el dominio, la explotación, administración y población de las minas, de los beneficios de los metales y del Real Sumarios de minería. Al hurto de los metales correspondía la pena de mutilación de algún miembro del cuerpo del delincuente.
- Ordenanzas de Intendentes de 1786, estos actuaban con el carácter de gobernadores políticos, regidores o alcaldes mayores, su jurisdicción recaía en la recaudación de las rentas y demás tributos, fuentes de ingreso para el erario, de los municipios.
- Autos Acordados de Montemayor y Beleña 1787. Complemento adicional de la Recopilación de Indias.
- Y las Ordenanzas de tierras y aguas, 1884 conjunto de disposiciones coloniales.¹⁹²

Las Leyes mencionadas fueron predecesoras, a nuestra legislación. Según dicho autor encontró rastros de la presencia de esta modalidad de delincuencia, nuevamente con la salvedad de la característica de enlace con el poder, y que ha falta de ella dudaríamos si nos hallamos frente a este tipo de delincuencia: “Existencia de delincuencia organizada, en su particularidad de asalto en caminos despoblados, y tráfico de armas”.¹⁹³ Ya existían indicios de bandidaje, el cual está relacionado con la delincuencia organizada, como se observa del relato: En 1824 se envió una ley al Congreso, en virtud de la cual todas las cuadrillas de ladrones armados deberían ser juzgadas militarmente, a fin de acortar los procedimientos, pues la mayoría de los bandidos encontraban alguna coyuntura para escaparse de las cárceles mientras estaba pendiente su juicio.¹⁹⁴ Así el sistema legislativo penal mexicano, comenzó a gestarse a partir de que es consumada la independencia en 1821 momento en el cual surgieron nuestras bases constitucionales, y el 31 de enero de 1824 el segundo congreso mexicano aprueba el Acta Constitutiva de la Federación que consagra la independencia y soberanía de los Estados de la federación en lo que se refiere a su régimen interior; resultado de lo anterior en 1835 se promulga el primer Código Penal para un Estado de la República Mexicana :

¹⁹² *Ibidem*. Pp. 192, 193, 194, y 195.

¹⁹³ *Ibidem*. Pp. 197 y 198.

¹⁹⁴ *Ibidem*. P. 224

“Fue así como el 28 de abril de 1835, se promulga el primer Código Penal para un Estado de la República Mexicana, el de Veracruz, ordenamiento inspirado en el Código Penal español de 1822. El 20 de septiembre de 1838 se expide una circular mediante la cual se declara que en todo México debe continuar rigiendo el Código de las Siete Partidas, así como los decretos de las cortes españolas (...) Una vez terminada la intervención francesa en México, el 28 de septiembre de 1868 se integra una nueva comisión para elaborar un Código Penal bajo la presidencia de don Antonio Martínez de Castro (...)

se promulga el Código Penal de 7 de diciembre de 1871, que entró en vigor el 1 de abril de 1872, para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California.”¹⁹⁵

Dando origen con ello al sistema punitivo en México. El grado de especialización y complejidad que ha ido alcanzando la delincuencia organizada, ha sido el fundamento para otras clasificaciones; en este sentido Luis Astorga, señala el año de 1914 como origen de la delincuencia organizada, por lo que ha distinguido la existencia de cuatro etapas históricas en México estas tienen características específicas:

1914-1947: Surgimiento del fenómeno delictivo, subordinado al poder político local.

1947-1985: Creación de instituciones federales de mediación entre el poder político y las organizaciones delictivas. Periodo más agudo de la Guerra Fría. Instituciones de seguridad relativamente disciplinadas, encuadradas en la lógica del conflicto bipolar.

1985-2000: Descomposición institucional de las estructuras de seguridad que mediaban entre el poder político y la criminalidad organizada. Incremento mundial del tráfico de drogas. Fin de la Guerra Fría y sustitución de funciones políticas de organismos de seguridad clave, por funciones esencialmente de seguridad pública. Centralización de la actividad del narcotráfico en manos de los funcionarios públicos encargados de perseguirlo. Pérdida del control sobre la criminalidad organizada hacia el final del periodo.

2000 a la fecha: Alternancia en el poder. Desplazamiento de los actores que sustentaban las redes de contubernio. Ruptura de las antiguas reglas. Esto no implica menor corrupción, sino [sic] una mayor grado de impredecibilidad en las relaciones entre crimen organizado y funcionarios públicos.¹⁹⁶

Estas características le confieren muy claramente la fisonomía de la delincuencia organizada como una organización que no solo busca el poder adquisitivo sino infiltrarse en el poder político para su permanencia y desarrollo, comportamiento que se ha venido adoptando bajo muy variadas estrategias cada vez más sofisticadas, a lo largo de la historia a nivel internacional.

4.2.4 ASPECTO JURÍDICO

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada aparece en el Diario Oficial de la Federación a partir del siete de noviembre de 1996, no sin antes haber

¹⁹⁵ Op. Cit. Franco Guzmán Ricardo. Pp. 48 y 49.

¹⁹⁶ Op. Cit. Flores Pérez Carlos Antonio. Pp. 165 y 166.

sentado sus bases en nuestra Constitución artículos 16, 22 y 73, Fracción XXI, su última reforma publicada en el DOF corresponde al 14 de junio de 2012. Esta Ley establece una serie de estrategias político criminales, sobre todo de carácter procesal, para actuar en contra de la delincuencia organizada. De las cuales sobresalen:

1.- Las intervenciones a los medios de comunicación privada a los, que motivo la reforma del artículo 16 constitucional para establecer su base correspondiente; 2.- El aumento del plazo del arraigo; 3.- El aseguramiento y el decomiso de bienes respecto de los cuales un miembro de la delincuencia organizada se ostente como su dueño y no pueda acreditar la legítima procedencia de los mismos, que igualmente determinó la reforma del artículo 22 constitucional; 4.- La protección de testigos, jueces y fiscales, que tienen intervención en casos relacionados con la delincuencia organizada; 5.- La reserva de identidad de testigos; 6.- La remisión parcial o total de la pena, es decir, ciertos beneficios para los colaboradores de la justicia.

El 30 de abril de 1997 un decreto presidencial reformó el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República el reglamento dispuso también la creación de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada (UEDO).

Resulta pertinente comentar algunos de los artículos que se encuentran contenidos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. El artículo primero de esta Ley establece las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas constituyendo con esto una Ley que pretende comprender un abanico amplio tanto de actividades jurídicas como punitivas, instaurando el portal legal para los Delitos Especiales en este cuerpo normativo:

“Artículo 1o.- La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus

*disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional”.*¹⁹⁷

Al respecto Raúl Carranca y Rivas manifiesta:

“Se trata como se ve de una **Ley** que abarca de manera desusada y rompiendo los principios sistemáticos de una buena legislación, lo que sin duda llega a ser incluso anticonstitucional, los espacios de la investigación, la persecución, el procesamiento, la sanción y la ejecución de las penas. Es una **Ley** “Todo”, si cabe el término.”¹⁹⁸

Del primer párrafo del artículo segundo de esta Ley, se desprende el concepto legal de Delincuencia Organizada:

*“**Artículo 2o.-** Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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:...”*¹⁹⁹

Y en la segunda parte del mencionado artículo, señala las conductas delictivas que **ya** están contenidas en una amplia variedad de Leyes, incluso distintas al Código Penal Federal, y que de acuerdo a este ordenamiento, corresponden a delitos que realizan los miembros de la Delincuencia Organizada. Algunos de estos Comportamientos antijurídicos debemos denominar Delitos Especiales por el sólo hecho, de ubicarse en una legislación ajena, al punitivo que corresponde, aludimos a que sólo son *algunos*, toda vez que los que se encuentran en los Códigos Penales no los nominamos con este término, como ya hemos analizado anteriormente. Esta diversidad normativa se ubica en: aparte del Código Penal Federal, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley de Migración, Ley General de Salud, Legislaciones Penales Estatales o del Distrito Federal, Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las

¹⁹⁷ Diario Oficial de la Federación. Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

¹⁹⁸ Op. Cit. Carranca y Rivas Raúl. *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada Anotada*. P. 8.

¹⁹⁹ Diario Oficial de la Federación. Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

Víctimas de estos Delitos, Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 a 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; 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; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 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 159 de la Ley de Migración;

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

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁰⁰

Como podemos observar son delitos que actualmente están tipificados, tal artículo nos remite a ordenamientos punitivos, contenidos en Leyes diversas y que conviniesen por coherencia, orden, sistematicidad y hasta por el principio de economía procesal estar contenidos en un solo cuerpo normativo. En este sentido Raúl Carranca y Rivas expone el problema que surge de este caos legal:

²⁰⁰ Diario Oficial de la Federación. Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

“...el artículo 2 plantea un serio problema, el de la duplicidad típica. Los delitos a que se refieren las fracciones I a V ya están tipificados en el Código Penal;...”²⁰¹

Ahora bien, en este mismo sentido se orienta el artículo 4º de esta Ley, que establece las penas que se impondrá al integrante de la delincuencia organizada que incurra en ciertos delitos; mismos que ya están tipificados y penados, (en ciertos casos Delitos Especiales) por el ordenamiento diverso correspondiente, *pero que al ser ejecutados por un miembro de dicha organización, al realizar las consiguientes funciones respecto de la delincuencia organizada son merecedores de esta otra*. Lo que resulta en “*un ir y venir*” de cuerpos legales opuestos. ¿Podríamos aseverar que esto es coherente, ordenado, y simple? No, recurrir a un sinfín de ordenamientos dista mucho de la coherencia y el orden. Establecer un Delito Especial (delito relativo a la delincuencia organizada) administrado a otro Delito Especial (delito contenido en cualquier Ley diversa al ordenamiento penal) resulta un exceso de complicaciones legales.

“Artículo 4o.- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

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

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

b. *A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.*

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

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

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

*En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.”*²⁰²

²⁰¹ Op. Cit. P. Carrancá y Rivas Raúl. *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada Anotada*. P. 18.

²⁰² Diario Oficial de la Federación. Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

4.2.5 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA ACTUALMENTE EN MÉXICO.

Resulta oportuno distinguir las principales organizaciones delictivas mexicanas. Ya que en el mundo de los hechos, es una verdad innegable que constituyen un fenómeno en crecimiento, con afectación económica internacional de grandes proporciones.

La magnitud en que los cárteles mexicanos tienen efecto en el tráfico de drogas interno de Estados Unidos en 2009 aumentó, las cifras de distribución de drogas al menudeo la dominaban más de 900 000 delincuentes agrupados en 20 000 pandillas de más de 2 500 ciudades; los cárteles mexicanos han incrementado el flujo de heroína, metanfetamina y marihuana gracias a una mayor producción de estas drogas.²⁰³

“La evidente y cada vez mayor, presencia de organizaciones delictivas mexicanas en territorio estadounidense obedece a las ganancias que genera el comercio ilícito de drogas, pues se calcula que el costo económico del “tráfico y uso indebido de drogas en Estados Unidos [asciende] por sí solo a 215 mil millones de dólares”. La evidencia de la estrecha relación que existe entre los cárteles mexicanos con las pandillas estadounidenses se muestra en el cuadro...”²⁰⁴

Pandilla	Drogas	Aliados a
18th Street	Metanfetaminas	Cárteles de Sinaloa y de Tijuana
Bandidos	Cocaína, heroína, marihuana y metanfetaminas	Cártel de Juárez
Barrio Azteca	Cocaína, heroína, marihuana y metanfetaminas	Cártel de Juárez
Black Guerrilla Family	Cocaína y marihuana	Cártel de Sinaloa
Bloods	Cocaína, heroína, marihuana y MDMA	Cárteles de Tijuana y de Sinaloa
Crips	Cocaína, heroína, marihuana y MDMA	Cártel de Juárez
Florencia 13	Cocaína, heroína, marihuana y metanfetaminas	Cárteles de Tijuana y de Sinaloa
Gangster Disciples	Cocaína, heroína y marihuana	Cártel de Sinaloa
Hell's Angels	Cocaína, marihuana y MDMA	Cárteles de Tijuana y de Sinaloa
Hermanos de Pistoleros Latinos	Cocaína y marihuana	Cárteles del Golfo y Zetas
Latin Kings	Cocaína, heroína, marihuana	Cárteles del Golfo, de Sinaloa

²⁰³ Op. Cit. Quintero Eloisa María. *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*. P. 130.

²⁰⁴ *Ibidem*. P. 131.

	y MDMA	y de Juárez.
Ñeta	Cocaína y marihuana	Desconocido
Mara Salvatrucha	Cocaína, heroína, marihuana y metanfetaminas	Cárteles de Sinaloa, del Golfo y Zetas
Mexican Mafia	Cocaína y marihuana	Cárteles de Tijuana, de Sinaloa y Zetas
Mexicanemi	Cocaína, marihuana y metanfetaminas	Cárteles del Golfo y Zetas
Norteños	Cocaína, marihuana y metanfetaminas	Cárteles de Tijuana y de Sinaloa
Sureños	Cocaína, heroína, marihuana y metanfetaminas	Cárteles de Tijuana y de Sinaloa
Tango Blast	Cocaína y marihuana	Cárteles del Golfo y Zetas
Texas Syndicate	Cocaína y marihuana	Cárteles del Golfo y Zetas
Tiny Rascal Gangsters	Marihuana y MDMA	Mafia Asiática
Vagos	Cocaína y marihuana	Cártel de Tijuana

De estas organizaciones criminales las que cuentan con mexicanos como miembros son: **18th Street**, entre 30 000 y 50 000 integrantes, 80 por ciento de ellos son migrantes ilegales de México y América Central, **Barrio Azteca** tiene 2000 participantes, la mayoría son hombres con doble nacionalidad (mexicana y estadounidense), **Norteños y Sureños** los miembros originales eran de la Mafia Mexicana, y **Tango Blast** a finales de 1990 presos hispanos recluidos en prisiones federales y estatales se organizan y fundan la pandilla dentro de las cárceles, como una forma de protección personal contra la violencia que ejercen otras pandillas carcelarias. Independientemente de la nacionalidad de los afiliados a estos grupos es de notar las alianzas en su mayoría, con Cárteles que operan en México. Lo cual muestra que estas conexiones tienen como resultado un desarrollo y agravamiento de la problemática como lo manifiesta la National Drug Threat Assessment 2013, de Estados Unidos de Norteamérica:

“The trafficking and abuse of illicit drugs continue to constitute a dynamic and challenging threat to the United States (...) The availability of heroin continued to increase in 2012, likely due to high levels of heroin production in Mexico and Mexican traffickers expanding into white powder heroin markets in the eastern and midwest United States (...) Methamphetamine availability is likely increasing because of sustained production in Mexico—the primary foreign source for the US market—and ongoing small-scale domestic production (...) Marijuana availability appears to be increasing because of sustained high levels of production in Mexico—the primary foreign source of the US marijuana supply—and increased domestic cannabis cultivation.”²⁰⁵

“El tráfico y abuso de drogas ilícitas siguen constituyendo una amenaza dinámica y desafiante para los Estados Unidos (...)La disponibilidad de la heroína siguió aumentando en 2012,

²⁰⁵ National Drug Threat Assessment 2013. U.S. Department of Justice Drug Enforcement Administration. <http://www.justice.gov/dea/resource-center/DIR-017-13%20NDTA%20Summary%20final.pdf> p. 1.

probablemente debido a los altos niveles de producción de heroína en Traficantes de México y la expansión Mexicana en mercados de heroína en polvo blanco en el medio oeste y el este de Estados Unidos (...) la disponibilidad de la metanfetamina es probable haya aumentado debido a una producción sostenida en México – la fuente extranjera principal de la producción nacional a pequeña escala en el mercado y continua EE.UU (...) la disponibilidad de marihuana parece estar en aumento debido a los altos niveles sostenidos de producción en México - la fuente extranjera principal del cultivo de cannabis doméstico de la oferta y el aumento de la marihuana EE.UU...”

En relación a lo expuesto anteriormente el vínculo de comercio ilícito de droga entre México y Estados Unidos resulta indudable ya que nuestro país es un productor de esta droga:

“...los datos señalan que la marihuana es la droga de mayor consumo en Estados Unidos y, en consecuencia, la que genera más ingresos. La mayor parte de esta droga que se vende en el vecino país del norte procede del suroeste de México...”²⁰⁶

La postura que adquiere nuestra Nación, para erradicar el problema de la delincuencia organizada tiene influencias de Estados Unidos de América, lo cual es punto donde debemos tener en cuenta que es un tema con tintes de índole políticos:

“...A decir de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), desde mediados de la década de 1970 se inició la campaña contra las drogas mediante la llamada “Operación Cóndor” (1975-1978), que en realidad era parte de la “guerra sucia” impuesta por el presidente Luis Echeverría Álvarez (1970-1976). Así las acciones antidrogas estuvieron supeditadas a los designios políticos de Estados Unidos, y en primer término a los designios de su política de “seguridad nacional”.”²⁰⁷

Existen Tratados y Acuerdos entre ambos países que permiten está marcada influencia:

“...Durante los gobiernos de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988) y de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) se firmaron con el vecino país del norte 1) un Tratado de Cooperación sobre Asistencia Jurídica Mutua (1987, pero no entró en vigor hasta 1991); 2) un Acuerdo sobre Cooperación para Combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia (1989); 3) las normas que regulan la estancia temporal de los agentes representantes de entidades de

²⁰⁶ Op. Cit. Quintero Eloisa María. *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*. p. 113.

²⁰⁷ *Ibidem*. P. 121.

gobiernos extranjeros [...]y 4) las reglas específicas para normar las actividades de los agentes y técnicos especializados de la Drug Enforcement Administration (DEA), en México (1992)".²⁰⁸

En este sentido es conveniente hacer un estudio de las mejores estrategias de enfoque global que pudieran considerarse eficaces para una solución en este rubro, debemos cuestionarnos ¿Qué tácticas se han utilizado en México para enfrentarse a esta problemática? veamos el sexenio pasado ¿Cuáles son los puntos a los que se les dio relevancia?:

En el sexenio anterior el presidente Felipe Calderón Hinojosa, baso su táctica de combate en: 1) operativos conjuntos en apoyo a las autoridades locales y a los ciudadanos; 2) escalar las capacidades operativas y tecnológicas de las fuerzas del Estado mediante a) una nueva Policía Federal, b) renovación en la Procuraduría General de la República, c) creación de la Plataforma México, y d) apoyo al fortalecimiento de las fuerzas armadas; 3) la reforma al marco legal e institucional; 4) una política activa en materia de prevención del delito, y 5) fortalecer la cooperación internacional.²⁰⁹

No obstante en el año 2012 en la Décima Encuesta Nacional sobre la Percepción de Inseguridad Ciudadana en México, el 43% de los encuestados definió como "un fracaso" la estrategia de Felipe Calderón para el combate al crimen organizado:

"... Al respecto, Juan Francisco Torres Landa , Secretario General de MUCD, subrayó que 30% de los encuestados consideran que es urgente mejorar las estrategias que estamos usando en México, mientras que el 27% aboga por la creación de nuevas estrategias creadas en México, y 20% sugiere estudiar las experiencias que han hecho otros países en la misma materia..."²¹⁰

En cuanto a la postura adoptada en México durante el presente gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, en entrevista a unos días de asumido el poder señaló:

²⁰⁸ Ibídem. P. 122.

²⁰⁹ Ibídem. P. 137.

²¹⁰ Notimex. GrupoFórmula. El 43% considera "un fracaso" estrategia actual contra crimen: MUCD-Mitofsky – 20 de marzo 2012 <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=232604#sthash.dEnsltHW.dpuf>

“...su gobierno continuará con el **combate al tráfico de drogas**, incluida la marihuana, a pesar de su legalización en dos estados del vecino país del norte. En entrevista [sic] un poco más de una semana después de haber asumido el poder, Peña Nieto dijo que, aunque la legalización de la hierba en Colorado y Washington reabrirá el debate sobre cómo hacer frente al fenómeno del narcotráfico, él está en contra de la legalización de las drogas, especialmente de la marihuana. **“Creo que el consumo de esta droga puede favorecer a que sea la puerta de acceso al consumo de drogas mucho más dañinas”**, señaló el mandatario. La marihuana para uso recreativo fue legalizada en Colorado y Washington el 6 de noviembre, el mismo día que en Estados Unidos fue reelegido como presidente **Barack Obama**, quien ha mantenido su respaldo a los esfuerzos emprendidos en Latinoamérica para luchar contra los cárteles de las drogas. Los grupos del narcotráfico han sido responsabilizados de buena parte de la violencia que ha afectado a México en los últimos años, donde algunos recuentos señalan que hubo al menos 60.000 asesinatos atribuidos al crimen organizado durante el gobierno del anterior presidente **Felipe Calderón** (2006-2012). Para Peña Nieto, lo ocurrido en Estados Unidos sobre la marihuana “es el inicio para reabrir un debate sobre que hacer frente a este fenómeno, (pero) creo que difícilmente pueda haber una decisión unilateral del país alguno, de no corresponder a un acuerdo hemisférico de cómo atender este tema”. Reconoció sin embargo, que el tema de la legalización surge “ante la ausencia de mejores resultados en materia de seguridad pública” [...] **“De ninguna manera vamos a abandonar la lucha contra el tráfico de drogas, contra la producción de drogas”** [...]”²¹¹

Actualmente el gobierno de Enrique Peña Nieto considera que deben articularse las siguientes diez estrategias de acción:

1. Prevención del delito y reconstrucción del tejido social.
2. Justicia penal eficaz.
3. Profesionalización y fortalecimiento de los cuerpos de policía.
4. Transformación del sistema penitenciario.
5. Promoción y articulación de la participación ciudadana.
6. Cooperación internacional.
7. Información que sirva al ciudadano.
8. Coordinación entre autoridades.
9. Regionalización.
10. Fortalecimiento de la inteligencia.²¹²

La estrategia presentada por Enrique Peña Nieto no difiere diametralmente con la que mantuvo Felipe Calderón Hinojosa, sin embargo no parece contemplar el reforzamiento de las fuerzas armadas, veamos un cuadro comparativo:

Estrategias Contra la Delincuencia Organizada

Felipe Calderón Hinojosa	Enrique Peña Nieto
Operativos conjuntos en apoyo a las autoridades locales y a los ciudadanos	Promoción y articulación de la participación ciudadana. Coordinación entre autoridades
Escalar las capacidades operativas y	Fortalecimiento de la inteligencia.

²¹¹ Entrevista a Enrique Peña Nieto “México seguirá lucha contra drogas: EPN/ El Nuevo Herald” del 10 de diciembre de 2013 [<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/mexico-seguira-lucha-contra-drogas-epnel-nuevo-herald/#>]

²¹² México Presidencia de la República 2014 [<http://www.presidencia.gob.mx/politicadeseguridad/>]

tecnológicas de las fuerzas del Estado	
Una nueva Policía Federal	Profesionalización y fortalecimiento de los cuerpos de policía (Retomen su función de Seguridad Pública que se había delegado a las fuerzas armadas)
Renovación en la Procuraduría General de la República	Justicia penal eficaz (reestructura y reorganización de la PGR)
Creación de la Plataforma México	Fortalecimiento de la inteligencia
Apoyo al fortalecimiento de las fuerzas armadas	-----
Reforma al marco legal e institucional Reformas Constitucionales ²¹³	Justicia penal eficaz (crear un Código Único de Procedimientos Penales)
Una política activa en materia de prevención del delito (familiar y académico)	Prevención del delito y reconstrucción del tejido social (Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia).
Fortalecer la cooperación internacional.	Cooperación internacional

La Regionalización consiste en la división del territorio mexicano en regiones diversas para una estrategia distinta en cada una de ellas.

Un problema que en nuestros días es noticia reciente, es lo que acontece con el grupo de Autodefensas en Michoacán, dicho conflicto evidentemente no surge ahora pero estalla en el gobierno de Enrique Peña Nieto, este grupo está integrado por grupos civiles armados agricultores y ganaderos, pobladores de la región Tierra Caliente quienes se alzaron en armas desde febrero de 2013 con la intención de obtener el control de la seguridad pública en sus poblaciones y combatir la presencia de delincuentes, especialmente de los integrantes del grupo delictivo *Los Caballeros Templarios*.

²¹³ Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

Este movimiento es una respuesta de los habitantes de sus comunidades ante los abusos de los criminales, además de que denuncian la alianza de las autoridades con la delincuencia. Tanto el presidente Enrique Peña Nieto, como el secretario de Gobernación, Miguel Ángel Osorio Chong, habían declarado en enero que las autodefensas estaban al margen de la ley, pero el 27 de enero pasado, el gobierno federal firmó un acuerdo con los grupos de civiles para hacer un registro de sus integrantes y sus armas para conformar guardias rurales, una figura de defensa civil contemplada por la ley que rige el Ejército mexicano.²¹⁴

Con la intención de resolver esta situación que pareciese se escapa de sus manos Enrique Peña Nieto propone una cantidad específica de dinero entre otras líneas de acción.

El presidente Enrique Peña Nieto anunció el 4 de febrero una inversión de 45,500 millones de pesos para reactivar la economía en Michoacán²¹⁵ con créditos, construcción de infraestructura y programas sociales. Entre diciembre de 2006 y 2012 se registraron en México más de 70,000 muertes relacionadas al crimen organizado, según estimaciones de la Secretaría de Gobernación, además de 26,000 desaparecidos. Estas cifras fueron recriminadas por analistas, partidos de oposición y representantes de la sociedad civil al gobierno de Felipe Calderón por su estrategia de confrontación contra la delincuencia organizada. La captura de Joaquín Guzmán Loera, este mes de febrero del año 2014, nos invita a reflexionar hemos advertido la complejidad de este tipo de criminalidad y es de entender que muy difícilmente la aprehensión de este dirigente delictivo podrá obstaculizar la organización, infraestructura y estrategias con las que cuenta este grupo delictuoso.

“...Los reportes oficiales señalan que el Cártel de Sinaloa –la empresa liderada por Joaquín Guzmán Loera- es capaz de mover dos toneladas de cocaína y 10,000 toneladas de marihuana –el 35% de toda la que existe en el mundo-, al mes. Un verdadero reto logístico, que traspasa fronteras, idiomas, culturas y religiones. Algo sólo equivalente a lo logrado por DHL, UPS o esos dignos ejemplos de “The world is flat”. (“El mundo es plano”). Para lograrlo, como cualquier empresa de mensajería global, cuenta con una red impresionante de

²¹⁴ Información publicada por: Martínez Darío y Mayorga Pablo Juan. Jueves, 13 de febrero de 2014 a las 06:11 <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/02/13/10-cosas-que-debes-saber-para-entender-el-conflicto-en-michoacan>

²¹⁵ México Presidencia de la República 2014.

<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/inicia-la-reconstruccion-social-en-michoacan-se-invertiran-45-mil-millones-de-pesos-en-250-acciones-para-el-desarrollo-integral-del-estado-epn/>

operaciones en 17 estados del país y subsidiarias en 54 naciones, en todos los continentes -el cártel que más toneladas de droga mueve en el mundo-. Como comparación, Cemex, la empresa mexicana más global tiene oficinas en 33 países, Bimbo en 19 y Maseca en 17. En muchas partes donde el Cártel de Sinaloa llega, México no tiene ni embajada o consulado...²¹⁶

La estructura misma de la delincuencia organizada tiene como uno más de sus objetivos como hemos analizado; su relación con el poder:

"Phil Jordan, ex director de inteligencia de la DEA en El Paso, Texas dijo con Carmen Aristegui que los cárteles de droga siempre le han puesto dinero a los políticos para poder traficar en paz, luego de que sus declaraciones en TV estadounidense en las que señaló que Joaquín Guzmán Loera, alias "El Chapo" financió la campaña de Enrique Peña Nieto.

Mencionó que Salinas, el hermano de Salinas, Echeverría tenían relación con los cárteles de droga y aseguró que en el pasado está documentado la relación del PRI con los cárteles de la droga.

Comentó que "Chapo" Guzmán trabajaba para Caro Quintero y algo no está bien cuando el PRI deja salir a Quintero. Jordan señaló que la única prueba que tiene sobre sus dichos es que Caro Quintero salió y opinó que si dejan al "Chapo" Guzmán en México lo dejarán escapar."²¹⁷

Resulta urgente indagar en las causas que dan origen a este tipo de criminalidad, tratar de resolverlo *únicamente* mediante la aplicación de penas cada vez más duras no absuelve a los responsables, la comunidad, sus dirigentes, y principales actores políticos de las obligaciones de desarrollo social.

"la agudización de la desigualdad social, el incremento en el subempleo y la informalidad a la que tuvieron que dedicarse cada vez mayores grupos poblacionales incapaces de encontrar empleos formales retribuidos y la cancelación de expectativas de ascenso social para una clase media cada vez más exigua, incrementaron – como sucedió en otras partes de Latinoamérica- de manera importante, los índices de violencia."²¹⁸

4.3 PERTINENCIA DE UN CUERPO NORMATIVO

Han existido diversas posturas intelectuales a favor de la existencia de un cuerpo normativo penal que contenga todos los Delitos Especiales, no es una primicia analizarla. En este apartado no hacemos referencia a la unificación de Códigos penales locales, lo cual no fue objeto de la presente investigación, únicamente a la conveniencia o inconveniencia de la inclusión de los llamados Delitos Especiales en el Código Penal Federal.

²¹⁶ Esparza Pérez David. **Chapo Guzmán CEO**. Nexos. 23 de febrero de 2014. <http://www.nexos.com.mx/?p=19103>

²¹⁷ Aristegui Carmen. **Entrevista Phil Jordan. MVS Noticias**. 26 de febrero 2014. <http://noticiasmvs.com/#!/emisiones/primer-emision-con-carmen-aristegui/phil-jordan-88.html>

²¹⁸ Op. Cit. Flores Pérez Carlos Antonio. P. 151

Debido a la multiplicidad de complejidades que surgen con relación a los llamados Delitos Especiales, es de observarse las ventajas que podrían aportar que todos estos delitos formaran parte de un solo cuerpo normativo penal.

1.- Orden. Actualmente el caos penal imperante ha alcanzado los límites de la razonabilidad.

2.- Sistematicidad. Todo cuerpo normativo debe contar con los requerimientos básicos como lo es una estructura lógica en el razonamiento a lo largo de todo el ordenamiento punitivo.

3.- Eficacia. Teniéndola como el efecto que se espera alcanzar con la existencia de un código punitivo. El conocimiento de todos los interesados ciudadanos, y funcionarios para la correcta y clara aplicación del Derecho.

4.- Eficiencia. El uso racional de los medios para alcanzar nuestro objetivo, que todos los Delitos Especiales formen parte de un solo cuerpo normativo equivale a racionalidad. Actualmente se ha perdido eficiencia como lo hemos observado en la presente investigación ya que la racionalidad aludida no se encuentra cuando un Ministerio Público requiere encontrar un tipo penal extraviado en un sinfín de ordenamientos Federales.

Ahora bien lo que se propone es que los Delitos Especiales sean llevados al Código Penal Federal, no sin antes se hayan realizado los siguientes puntos necesarios: *Primeramente* una revisión minuciosa del Código Penal Federal, y las Leyes Federales que contienen dichos tipos penales. *Segundo* se realice un estudio profundo de las bases filosóficas penales con el propósito de unificar los criterios en un mismo sentido a fin de evitar una multiplicidad de corrientes filosóficas contrarias entre sí. El funcionalismo atenuado de Claus Roxin actualmente puede ofrecer una vía factible para el pueblo mexicano. *Tercero* tener en cuenta principalmente las características intrínsecas del pueblo mexicano, culturales, económicas y políticas. *Cuarto* prever las necesidades de nuestra Nación en materia legislativa. *Quinto* buscar la coherencia, y prescindir de las contradicciones hemos advertido (como lo que respecta al artículo 6º. Y 7º. Del Código Penal Federal); que muchos ordenamientos contienen tanto

incoherencias como contradicciones por lo que se propone evitar ambas dentro de los cuerpos normativos penales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho Penal Especial, surge de un proceso de Descodificación su umbral jurídico lo representa el artículo 6º del Código Penal Federal, este fenómeno de transformación cuenta con puntos controversiales adversos al proceso de Codificación:

- 1.- El debate que surge al cuestionarnos la naturaleza jurídica de los Delitos Especiales por pertenecer a ordenamientos diversos al Código Penal Federal.
- 2.- Su carencia de unidad de criterio y tiempo.
- 3.- Dando como resultado caos, desorden e inseguridad jurídica.

Por lo tanto es ineludible dotar de unidad de criterio, tiempo, claridad, coherencia y orden al Código Penal y las leyes punitivas en México.

SEGUNDA.- Del análisis de los artículos 6º y 7º del Código Penal Federal. Se observa contradicción al definir legalmente al delito ya que el artículo 6º del Código Penal Federal en su primer párrafo *inicialmente* permite la existencia legal de delitos no especificados en el ordenamiento penal, para más tarde en el artículo 7º establecer que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Este hecho exhibe carencia de coherencia y orden siendo que el artículo sexto por razón lógica cuantitativa debiera establecer lo que es jurídicamente hablando un delito y posteriormente instaurar la existencia o inexistencia de los Delitos Especiales. Por otra parte la presencia de los llamados Delitos Especiales representan un contrasentido del artículo séptimo mencionado el cual para poder dar cabida a estos delitos debiera cambiar su contenido y disponer: *“Delitos son los actos u omisiones que sancionan las leyes penales y las leyes especiales...”* En este orden de ideas el artículo séptimo debiera ser el artículo sexto y este último debiese modificar su texto, para que *forzadamente* los Delitos Especiales no nazcan de una discordancia normativa. Actualmente existen más delitos tipificados en leyes administrativas que aquellos que están definidos en el Código Penal, deformando lo que dispone el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 7º. *“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”*

TERCERA.- El arribo del funcionalismo en materia penal, es consecuencia de un trabajo intelectual interdisciplinario, que se gestó hace ya varias décadas.

Contiene algunas deficiencias, una de ellas el no incorporar en su estudio, la parte económica de una sociedad, en este sentido podríamos aseverar que nos remonta a problemas filosóficos clásicos, no es deseable olvidar una parte fundamental de nuestra esencia formamos parte de la materialidad y como tal debe incluirse en estudios filosóficos jurídicos comprometidos, esta ausencia hace que de alguna manera se limite esta tendencia filosófica, en ciertos aspectos, para poder dar una respuesta amplia y satisfactoria en el ámbito punitivo. El funcionalismo de Günther Jakobs en algunos momentos relevantes de su teoría pareciese justificar el sistema penal actual, al grado de exacerbarlo.

CUARTA.- Al existir diferencias profundas entre Alemania y México de orden económico, social, político y cultural, es de requerirse mayores estudios de uno y otro país, que sugieran la posibilidad de la aplicación de una filosofía de tipo funcionalista “normativo” o “radical” surgida en Alemania como base de una Codificación Penal en México, lo cual es de poner en tela de juicio en virtud de los escasos resultados obtenidos con estrategias “duras” como la que exhibió durante su sexenio Felipe Calderón en lo concerniente a la Delincuencia Organizada en nuestra nación. Nuestros Ordenamientos han sido influenciados por corrientes filosóficas extranjeras, a lo largo de la historia y hasta la actualidad, muchas veces sin tener en cuenta las condiciones y necesidades de la realidad mexicana.

QUINTA.- De la exploración realizada a los Delitos Especiales contenidos en una amplia pluralidad de Leyes Federales, se observa contundentemente que se encuentran confusamente desordenados en una gran cantidad de hechos punibles con infracciones administrativas; en algunos de ellos tienen como nombre del Título o Capítulo el de: “*Sanciones o Infracciones*”; lo cual requiere una pronta revisión, en virtud de que son Delitos y debieran encontrarse en un marco Penal claro, sistemático y ordenado.

SEXTA.- Establecer una normatividad penal en México con bases funcionalistas atenuadas con la visión de Claus Roxin, se aproxima a un análisis general de la realidad y humanización, del Derecho Penal, situándonos

en las condiciones para establecer un marco iusfilosófico para nuestro ordenamiento punitivo.

FUENTES DE CONSULTA

Capítulo I

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo. ***Delitos Especiales***. Cuarta edición, México, Porrúa, 1998. 662 p. ISBN 970-07-1227-3

Amuchategui Requena, Irma Griselda. ***Derecho Penal***. Tercera edición, México, Editorial Oxford University Press, 2005. 538 P. ISBN 970-613-806-4

Cabanelas, Guillermo. ***Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual***. Tomo III, Vigésima Edición, Argentina, Editorial Heliasta 1981. ISBN 950-0065-00-2 (obra completa)

Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. ***Código Penal Anotado***. Vigésimo segunda edición, México, Porrúa, 1999. 1197 p. ISBN 970-07-1702-X

Carrancá y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. ***Derecho Penal Mexicano***. Parte General. Vigésima edición, México, Porrúa 1999. 967 P. ISBN 970-07-1764-X

Carrancá y Rivas, Raúl. ***Filosofía del Derecho Penal***. México, Editorial Porrúa 2009. 226 P. ISBN 9786070902475

Castellanos Tena, Fernando. ***Lineamientos Elementales de Derecho Penal***. Trigésima séptima edición, México, Porrúa, 1997. 357 P. ISBN 970-07-0961-2

Díaz de León, Marco Antonio. ***Diccionario de Derecho Penal***. Editorial. Porrúa. Tomo I, México. Cuarta edición.

Hessen Juan. / Messer Augusto. / Besteiro Julián. **Teoría del Conocimiento. / El Realismo Crítico. / Los Juicios Sintéticos "A priori"** Decimosegunda edición, México, Editorial Porrúa, 2001. 171 P. ISBN 968-432-583-5

Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo III, Tercera edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Lozada, 1985. ISBN 950-03-8778-6 (obra completa)

Martínez Bastida, Eduardo. **Delitos Especiales.** Segunda edición, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. DE C.V. 2004. 444 p. ISBN 968-594-800-3

Capítulo II

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero Miguel, López Betancourt Eduardo. **Delitos Especiales.** Sexta edición, México. Editorial Porrúa, 2001. 696 p. ISBN 970-07-2886-2

Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal.** Trigésima séptima edición, México, Porrúa, 1997. 357 p. ISBN 970-07-0961-2

Martínez Bastida, Eduardo. **Delitos Especiales.** Segunda edición, México, Cárdenas Velasco Editores, S.A. DE C.V. 2004. 451 p. ISBN 968-401-412-0

Díaz León Marco Antonio. **Diccionario de Derecho Penal.** Editorial. Porrúa. Tomo I, México. Cuarta edición.

Díaz León Marco Antonio. **Historia del Derecho Penal y Procesal Mexicanos.** Editorial Porrúa. Tomo I, México. Primera edición 2005. ISBN 9700757773

Diccionario de la lengua española. Décimo novena edición. Tomo II. Madrid. Editorial Espasa- Calpe S.A. 1970 ISBN 84-239-6941-X

Jakobs, Gunther, Polaino Navarrete Miguel, López Betancourt Eduardo. ***Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista.*** Editorial. Porrúa. México. Primera edición. 2006. 194 p. ISBN 970-07-6922-4

López Betancourt, Eduardo. ***El Delito de Fraude.*** Editorial Porrúa, México, 1997. 138 p. ISBN 970-07-0758- X

Montealegre Lynett Eduardo, ***El Funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor Gunther Jakobs.*** Primera edición, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2003. 491 p. 9586166929

Nava Garcés Enrique Alberto. ***Análisis de los Delitos Informáticos.*** Prólogo de Franco Guzmán Ricardo. Primera edición. México. Editorial Porrúa. 118 p. ISBN 970-07-5605-X

MESOGRAFIA

López Betancourt Eduardo. ***BREVE HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN MÉXICO.*** La Jornada Guerrero. [Sábado 12 de Noviembre 2011]. <http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2011/11/12/index.php?section=opinion&article=002a1soc>

CAPITULO III

BILBIOGRAFÍA

Cuevas Landero Guadalupe Elisa. ***Orígenes del estructural funcionalismo: Spencer, Malinowski y Radcliffe-Brown.*** Segunda edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Estudios Superiores Acatlán. México. ISBN: 978-607-02-2532-1

Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena edición. Tomo 6. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970. ISBN: 84-239-6947-9

Dosse Francois. **Historia del estructuralismo. Tomo I el campo del signo, 1945-1966.** Editorial Akal. España. 2004. ISBN: 978-84-460-1534-5

Faralli Carla. **La filosofía del Derecho Contemporánea. Los temas y desafíos.** Traductor Santiago Perea Latorre. Editorial Ciudad Argentina. Madrid. 2007. 152 p. ISBN 9587102741

Garland David. **Castigo y sociedad moderna un estudio de Teoría Social.** Siglo XXI Editores. 2ª. Edición. España. 2006. 361 p. ISBN 9682321921

Günther Jakobs. **Derecho penal del enemigo.** Cancio Melia Manuel. Editorial Thomson Civitas. Universidad externado de Colombia. Centro de investigaciones., Filosofía y Derecho. 2005. 105 p. ISBN 950-741-219-0

Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijòo Sánchez. **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Gunther Jakobs en la UAM.** Editorial Aranzadi S. A. 1ª. Edición. España. 2008. 246 p. ISBN 9788447029112

Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete, Eduardo López Betancourt. **Función De La Pena Estatal Y Evolución De La Dogmática Post-Finalista (Estudios De Derecho Penal Funcionalista)** Editorial Porrúa. 1ª. Edición. México. 2006. 194 p. ISBN 970-07-6922-4

Günther Jakobs. **El Derecho penal como disciplina científica.** Traductor Alex Van Wezel. Editorial Aranzadi S. A. 1ª. Edición. España. 2008. 107 p. ISBN 9788447028955

Héctor Solís Quiroga. **Introducción a la Sociología Criminal.** Editorial Porrúa. 3ª. Edición. México. 1985

Hidalgo Oviedo Alberto. **El "sistema" de la Teoría General de los Sistemas.** *El Basilisco*, número 1, marzo-abril 1978, www.fgbueno.es

Jay Gould Stephen. **La falsa medida del hombre**. Editorial Crítica. Barcelona. 1997. ISBN: 978-84-8432-957-2

Jakobs. / Shunemann. / Moreno. / Zaffaroni. / **Fundamentos de la dogmática Penal y de la política criminal ontologismo y normativismo** CEPOLCRIM Editorial Jus Poenale, 1ª. Edición 2002 México. 161 p. 968545602X

Michel Foucault. **Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión**. Siglo XXI Editores. 19 Edición. España. 1991. 359 p. ISBN 97860070301155

Ontiveros Alonso Miguel, Peláez Ferrusca Mercedes. **La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin**. Tomo I. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2003. ISBN: 968-5074-77-1

Paul Ricoeur. **Lo justo**. Traductor Gardini Carlos. Editorial Jurídica de Chile. 1ª. Edición. Chile. 1997. 201 p. ISBN 9789689368533

Víctor Hugo Mamani Gareca. 2005. **La cárcel instrumento de un sistema falaz un intento humanizante**. Grupo Editorial Lumen. 1ª. Edición. Buenos Aires-México. 2005. 190 p. ISBN 987000542X

Von Ludwig Bertalanffy. **Teoría General de Sistemas**. Fondo de cultura. México. 1986.

HEMEROGRAFÍA

González Oquendo Luis J. **Presencia de Talcott Parsons en el trabajo teórico de Niklas Luhmann..** Reflexión política. Junio año/vol 5, número 010. Bucaramanga Colombia. ISSN 0124-0781

FUENTES ELECTRÓNICAS

Cepeda Pérez Ana .Benito Demelsa <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf> RECPC 15-08 (2013 Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-08, p. 08:1-08:34 – ISSN 1695-0194

Hidalgo Valeriano. *El Delito. Entrevista a Günther Jakobs*. 2008-05-18t22:48:00-03:00 Argentina. <http://eldelito.blogspot.mx/2008/05/entrevista-gnter-jakobs.html>. 2008

CAPITULO IV

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Martínez Israel. *Análisis a la ley federal, contra la delincuencia organizada*. Porrúa: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004. 200 p. ISBN 9700744523

Brucet Anaya Alonso Luis. *El Crimen Organizado. (Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. Editorial Porrúa. México. 2001. ISBN 970-07-2868-4

Carrancá y Rivas Raúl. *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada Anotada*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal. 2006. 97 p. ISBN 9700765024

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México 2012, México DF*. CONEVAL, 2012. ISBN 978-607-95986-1-7

Dagdug Kalife Alfredo. *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*. Editorial Porrúa. México. 2006. ISBN 970-07-6814-7

De la Torre Torres Rosa María. **Terrorismo y crimen organizado. Aspectos jurídicos y conceptuales.** Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Secretaria de Difusión Cultural y Extensión Universitaria. México. 2008. ISBN 970-9836-11-0

Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena edición. Tomo 2. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970. ISBN: 84-239-6943-6

Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena edición. Tomo 4. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España. 1970. ISBN: 84-239-6945-2

Franco Guzmán Ricardo. **Breve antología penal.** Compilador Nava Garcés Enrique Alberto. Editorial Porrúa. México. 2012. 246 p. ISBN 978-607-09-1056-2

Flores Pérez Carlos Antonio. **El Estado en crisis: Crimen organizado y política. Desafíos para la consolidación democrática.** Primera edición. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. (Publicaciones de la Casa Chata). México. 2009. 358 p. ISBN 978-607-486-024-5

Quintero Eloisa María. **Herramientas para combatir la delincuencia organizada.** 2ª. Edición. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2012. 140 p. ISBN 978-607-7882-56-5

Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio. **La federalización de la política cultural en México: ¿Alemania como modelo?** 1ª. Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2011. ISBN 978607226816

HEMEROGRAFÍA

Arias Eibe, Manuel José. **Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical.** Doxa. N. 29 (2006) ISSN 0214-8876

MESOGRAFIA

Aristegui Carmen. **Entrevista Phil Jordan. MVS Noticias**. 26 de febrero 2014.
<http://noticiasmvs.com/#!/emisiones/primera-emision-con-carmen-aristegui/phil-jordan-88.html>

Banco Mundial. **Alianza Estratégica con el País para los Estados Unidos Mexicanos 2008-2013**. Primera edición. México 2008. 106 p. (informe No. 42846-MX)
<http://siteresources.worldbank.org/INTMEXICOINSPANISH/Resources/CPSAlianzaEstrategica.pdf>

Capítulos olvidados de la historia. **¿Cómo era la vida en el México Prehispánico?** **Selecciones** **México**.
http://mx.selecciones.com/contenido/a2186_como-era-la-vida-en-el-mexico-prehispanico

Carrillo Bariandaran Lucio. **Oilproduction.net. Definición de Reservas Petroleras**. 02 de Mayo 2004 00:00
http://www.oilproduction.net/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=987:definicion-de-reservas-petroleras&catid=57:reservorios&Itemid=121

Diario Oficial de la Federación. Orden Jurídico Nacional. Servicios de la Unidad General de Asuntos Jurídicos. Secretaría de Gobernación.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>

Diario Oficial de la Federación.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

EL GRANTENOCHTITLAN 19:42 7 de junio 2009.
<http://elgrantenochtitlan.blogspot.mx/>

Entrevista a Enrique Peña Nieto “**México seguirá lucha contra drogas: EPN/ El Nuevo Herald**” del 10 de diciembre de 2013.

[<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/mexico-seguira-lucha-contradrogas-epnel-nuevo-herald/#>]

Esparza Pérez David. **Chapo Guzmán CEO**. Nexos. 23 de febrero de 2014.
<http://www.nexos.com.mx/?p=19103>

Fernández Muñoz Dolores E. **EL SISTEMA DE SANCIONES EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. REVISTA JURÍDICA. BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca virtual. No. 76. Enero-Abril 1993. Nueva serie año XXVI. México. ISSN 00418633

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=76>

La actualidad de Alemania. 19.01.2014 <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/contenido-home/cifras-y-datos/economia.html>

Mancera Espinosa Ángel Miguel. **¿Derecho Penal del Enemigo en México?** [en línea] México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en Internet: [http:// www. jurídicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

Manning Martín del Campo Antonio. **Historia de Alemania. Monografías.com**.
<http://www.monografias.com/trabajos23/alemania/alemania.shtml>

Martínez Darío y Mayorga Pablo Juan. **10 cosas que debes saber para entender el conflicto en Michoacán**

Jueves, 13 de febrero de 2014 a las 06:11
<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/02/13/10-cosas-que-debes-saber-para-entender-el-conflicto-en-michoacan>

México Presidencia de la República 2014.

[<http://www.presidencia.gob.mx/politicadeseguridad/>]

México Presidencia de la República 2014.

<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/inicia-la-reconstruccion-social-en-michoacan-se-invertiran-45-mil-millones-de-pesos-en-250-acciones-para-el-desarrollo-integral-del-estado-e-pn/>

National Drug Threat Assessment 2013. U.S. Department of Justice Drug Enforcement Administration. <http://www.justice.gov/dea/resource-center/DIR-017-13%20NDTA%20Summary%20final.pdf>

Notimex. Grupo Fórmula. **El 43% considera "un fracaso" estrategia actual contra crimen: MUCD-Mitofsky** 20 de marzo 2012.

<http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=232604#sthash.dEnsltHW.dpuf>

Transparency International. **The global coalition against corruption. Corruption Perceptions Index 2013: Now is the time for action.** Tres de Diciembre de 2013. www.transparency.org

http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_globalcorruptionbarometer_en?e=2496456/3903358#search

<http://www2.scjn.gob.mx/red/delitos/inicio.html> 27 de marzo 2014

Vega Martínez Luis. **La Pobreza en México.** Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 44, junio 2005.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Fiscal de la Federación

Código Penal Federal

Ley de Ahorro y Crédito Popular

Ley de Amparo

Ley de Concursos Mercantiles

Ley de Instituciones de Crédito

Ley del Mercado de Valores

Ley de Migración

Ley Federal de Sanidad Animal

Ley Federal de Sanidad Vegetal

Ley de Fondos de Inversión

Ley de Instituciones de Crédito

Ley del Seguro Social

Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley General de Salud

Ley de la Propiedad Industrial

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas

Ley Federal del Trabajo

Ley General de Bienes Nacionales

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito

Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos

Ley Federal de Juegos y Sorteos

Ley sobre Delitos de Imprenta

Ley de Vías Generales de Comunicación

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

