

## DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL. IMPLICACIONES EN LAS LEYES SECUNDARIAS ESTATALES Y DEL DISTRITO FEDERAL<sup>1</sup>

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Imposibilidad de investigar, procesar, condenar y ejecutar penas por delitos de delincuencia organizada previstos en leyes estatales y del Distrito Federal.* II. *Definición de delincuencia organizada.* III. *Con motivo de la federalización de la delincuencia organizada, dejó de existir la facultad de atracción para estos delitos.* IV. *La federalización de la delincuencia organizada deja vacíos a los estados y al Distrito Federal en materia de extinción de dominio.* V. *Ley general en materia de secuestro.* VI. *Protección de datos personales.*

La reforma constitucional de junio de 2008,<sup>2</sup> sin duda de enorme trascendencia, tiene profundos aciertos, pero a la vez, marcados sinsabores. Hablando de delincuencia organizada queda claro que ésta, dado el sentido de la reforma a su artículo 73, fracción XXI, primer párrafo,<sup>3</sup> *se federalizó*, al prever competencia única para el Congreso

<sup>1</sup> Conferencia sustentada en el Simposio Nacional sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrado los días 9 a 11 de julio de 2009, en Juriquilla, Querétaro.

<sup>2</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

<sup>3</sup> El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en el primer párrafo de su fracción XXI: El Congreso tiene facultad: XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre

de la Unión el legislar en esta materia, lo cual excluye de hacerlo a las entidades federativas.<sup>4</sup> Pareciera que esa reforma simplemente quedó en ello, es decir, que su efecto ha sido convertir el tratamiento de la delincuencia organizada en un tópico estrictamente federal –lo que no es poco–, mas esto no ha sido así, pues ciertamente hay otras consecuencias que derivan de la misma y que traen consigo un severo impacto en el ámbito estatal como del Distrito Federal que conviene a la vez destacar.

I. IMPOSIBILIDAD DE INVESTIGAR, PROCESAR,  
CONDENAR Y EJECUTAR PENAS POR DELITOS  
DE DELINCUENCIA ORGANIZADA PREVISTOS  
EN LEYES ESTATALES Y DEL DISTRITO FEDERAL

El artículo Sexto Transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 dice:

Sexto Transitorio. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. *Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.*

La referencia del Constituyente Permanente que se contempla en el transcrito artículo Sexto Transitorio, *es un desatino*. Sostener, a pesar de la reforma que se ha operado, que los procesos que se encuentren en instrucción aplicando las legislaciones locales en delincuencia organizada, como las penas que ya hayan sido impuestas por esos

la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios; *así como legislar en materia de delincuencia organizada.*

<sup>4</sup> El artículo 124 constitucional dice: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. En este sentido, si las entidades federativas del país, lo que incluye al Distrito Federal han dejado de tener la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada al pasar a ser ésta de exclusividad federal, *la consecuencia evidente es que los tipos penales de delincuencia organizada contemplados en las mismas se han derogado por efecto de dicha reforma.*

delitos acorde con las mismas, no se verán afectadas con motivo de la reforma en estudio y que deberán, en el primer caso, seguir su curso y en el segundo, mantener su ejecución, conforme a las leyes estatales y del Distrito Federal de delincuencia organizada, a las que llama *leyes vigentes*, muestra con claridad, que el Constituyente no ha podido distinguir entre lo que es la *materia procesal* de la *materia sustantiva*.

De esta manera, en ese artículo transitorio ha indicado que, a pesar de ser la delincuencia organizada ya sólo delito federal<sup>5</sup> –por lo que ya no existen más delitos locales de delincuencia organizada–, debe mantenerse sometido a proceso a todo aquel que se le aplica una norma estatal o del Distrito Federal sobre delincuencia organizada y también, que se le debe mantener ejecutando una pena impuesta por delito estatal o del Distrito Federal en esa materia al que ya hubiere sido condenado; cuando es el caso que las disposiciones locales que contemplaban los tipos penales de delincuencia organizada se han derogado y, por ello, *sin delito, no hay proceso que instruir, ni pena que ejecutar*. Procede así, liberar a quien se encuentre bajo ese supuesto acorde con la garantía de legalidad penal<sup>6</sup> no obstante que

<sup>5</sup> Respecto del momento a partir del cual se considera que ello así ha sido, véase mi artículo “Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional, con especial mención a la Delincuencia Organizada”, en *Libro Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2008, pp. 214-219, en el cual sostengo que ello aconteció al día siguiente en que la reforma constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* por las razones que ahí expreso. Existe también publicación en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 32, de la Escuela Libre de Derecho, México, 2008, *Separata*, pp. 263 a 269. En otro sentido *cfr.* Nader Kuri, Jorge, en su ensayo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales: “Algunas consideraciones sobre la implementación de la Reforma Penal 2008”, que me fue proporcionado por su autor y a quien le agradezco me haya permitido referirme al mismo y en el que se sostiene que la reforma en materia de delincuencia organizada cuyo efecto fue su federalización, iniciaría vigencia hasta que el Congreso de la Unión ejerciera la facultad que le otorgó el artículo 73, fracción XXI, acorde con la interpretación que se ofrece del Artículo Sexto Transitorio, lo que de paso hay que decir, bajo esa interpretación, habría sucedido con motivo de la reforma, entre otras leyes, a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 2009, en vigor al día siguiente de dicha publicación.

<sup>6</sup> Conforme a la garantía de legalidad penal que se recoge en el artículo 14 constitucional, no es posible instruir proceso sin que exista delito, como tampoco ejecutar una pena sin que exista delito asociado a la misma.

el constituyente haya optado por la fórmula de procesar sin delito y ejecutar penas sin delito.

El precepto Sexto Transitorio, contempla una disposición, si bien de vigencia temporal, contraria a la disposición general del texto constitucional que prohíbe procesar a alguien sin un delito, como a la vez, someter a alguien al cumplimiento de una pena sin que exista delito que se asocie a la misma. Frente a tal grave contradicción, nuestra tradición jurídica y la más elemental interpretación de las normas constitucionales transitorias conllevan a sostener la supremacía de la disposición general –garantía de legalidad penal– por sobre la transitoria que abiertamente la contraviene,<sup>7</sup> por lo que el principio *nullum crimen nulla poena sin lege praevia* y la exigencia de un proceso debido que exige mínimamente la existencia de un delito por el cual procesar, impide aceptar el sostenimiento de un proceso sin delito y la ejecución de una pena sin delito.

En esta reforma, no se está frente a una “ley general” sobre delincuencia organizada que haya permitido trascender al ámbito federal y ser de posible aplicación en todos los órdenes jurídicos del Estado mexicano; por el contrario, se está frente a una ley federal que reserva por ello de manera expresa su competencia a la federación con el evidente efecto excluyente de los estados y del Distrito Federal en esa materia.

## II. DEFINICIÓN DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Otro aspecto, por cierto, uno de los más preclaros absurdos que jamás se han cometido en una reforma constitucional,<sup>8</sup> es que el Constitu-

<sup>7</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2004, p. 244, respecto de la interpretación del derecho constitucional transitorio refiere que, en el caso que una norma constitucional transitoria estuviera en contradicción con una norma constitucional ordinaria cabría afirmar, por una parte, que aquélla debe dársele una interpretación restringida, y a ésta, una general. *Llegado el caso ésta debe prevalecer sobre aquélla*.

<sup>8</sup> Baste con recordar que las razones que llevaron al Constituyente Permanente a reformar el texto de la Carta Magna para prever en el mismo una definición de delincuencia organizada, se centraron en las distintas definiciones ofrecidas en los textos estatales y en lo que consideró daría más claridad a los súbditos de la norma, cuando no sólo ello abrió el debate sobre la “existencia o no de un tipo penal” que ni siquiera ha clarificado a los expertos y, cuando resultó ser que, si se federalizaba la materia de delincuencia organizada por la reforma sufrida a la vez al artículo 73, fracción XXI constitucional, no cabría ya

yente llevara al texto de la Carta Magna la *definición*<sup>9</sup> de delincuencia organizada de la que se desprende que, además de la reunión del número de sujetos que precisa y de otras circunstancias, se deja *en la ley de la materia* [entiéndase ley secundaria que en el caso es la Ley Federal de Delincuencia Organizada] decir en última instancia, siguiendo los lineamientos de esa *definición*, cuándo estamos en presencia de delincuencia organizada, lo que incluye, cuáles son los delitos que pueden llegar a conformar el correspondiente tipo penal, las penas asignadas, circunstancias modificativas de la pena, etcétera. El artículo 16 constitucional establece en su actual noveno párrafo:

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, *en los términos de la ley de la materia*.

A este respecto, en los trabajos de discusión relativos al concepto constitucional de delincuencia organizada efectuados con motivo del “Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación Sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal”, uno de los aspectos sometidos a discusión fue precisamente la existencia o no de un tipo penal o de una definición de delincuencia organizada en el artículo 16 de la Carta Magna. La posición predominante se inclinó

ninguna otra definición que no fuera la que produjera la ley ordinaria federal, luego, resultó absolutamente inútil e injustificado trastocar de esa manera la Constitución Política. Sobre este aspecto véase Félix Cárdenas, Rodolfo, *Libro Homenaje*, pp. 219 a 224.

<sup>9</sup> A este respecto, se ha pronunciado mayormente el Poder Judicial Federal sosteniendo que en ese apartado se estableció el *concepto o la definición* de delincuencia organizada y *no un tipo penal*. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Mesas Redondas abril-mayo 2008, 1a. ed., noviembre 2008 (edición a cargo de la Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), particularmente sus pp. 8, 75, 114, 191, 244, 313, 374, que contienen al respecto el trabajo y la conclusión a la que se arribó en distintas Mesas de Trabajo integradas por servidores públicos del Poder Judicial de la Federación. En esa línea, resultaron absolutamente mayoritarias las Conclusiones que se aprecian del *Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal 2008*, en la obra del mismo nombre, publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., mayo 2009 (edición a cargo de la Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), según se desprende de su parte introductoria relacionada con el Tema 2, “En torno a la Delincuencia Organizada”, fojas XIX y XX, así como a pp. 131-134 y 138 y 139.

por descartar la presencia de un tipo penal,<sup>10</sup> sin embargo, el criterio mayoritario se hizo prevalecer bajo la óptica de *una convivencia para la seguridad y certeza jurídica*.<sup>11</sup> Al vaciar las Conclusiones generales del Congreso, a foja XX se dice:

La inclusión del concepto de "delincuencia organizada" en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las restricciones de algunas de las garantías individuales a los sujetos que intervienen en el crimen organizado, generan el reconocimiento a nivel constitucional de un régimen especial constituido por un procedimiento especialmente regulado tratándose de la delincuencia organizada, el cual implica una excepción al sistema general de derechos individuales del que debe gozar todo gobernado y que tiene como causa, la intención del Estado de combatir a la delincuencia organizada, que afecta a toda la sociedad en la actualidad.

El concepto de delincuencia organizada establecido a nivel constitucional, dio lugar a la discusión relativa a determinar si se trata de un tipo penal acabado o solamente una definición que debe ser precisada o completada en la ley secundaria; de igual manera, se debatió sobre la posible doble naturaleza de la norma constitucional que contiene el concepto de delincuencia organizada, es decir, como norma operativa y contenido materialmente descriptivo de tipo, o bien como norma programática y delimitadora de lineamientos básicos para efectos de su regulación ulterior; al respecto, prevaleció el criterio de que es esta última la que debe privilegiarse, *bajo una óptica de conveniencia para la seguridad y certeza jurídica*.

Con respecto a la presencia de un tipo penal en la Constitución Política, conviene recordar que ya en el año 2002 por votación unánime el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el "Caso Salinas de Gortari" que conoció con motivo de un recurso de revisión interpuesto por cuestión de inconstitucionalidad de ley —artículo 224 del Código Penal Federal relativo al delito de enriquecimiento ilícito— emitiendo siete tesis jurisprudenciales;

<sup>10</sup> Véase *supra* nota a pie 9.

<sup>11</sup> Así se observa de la lectura que se haga a la Conclusión Cuarta de la Mesa 2, relativa al Subtema a): Delincuencia Organizada concepto constitucional, que aparece en las páginas 138 y 139 de la publicación que contiene el Congreso referido, en la que tomaron parte los señores magistrados Martha M. del C. Hernández Álvarez, Rubén Arturo Sánchez Valencia, Héctor Lara Hernández; siendo moderador el magistrado José N. Luna Castro.

entre ellas, la Tesis XXXIX/2002,<sup>12</sup> en la que sostuvo, frente a una referencia que se hace en el artículo 109 de la Carta Magna respecto del enriquecimiento ilícito, que era en la propia Constitución Política —artículo 109— en donde se había previsto el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito,<sup>13</sup> con lo cual, la sombra de ese mal antecedente<sup>14</sup> puede ser aquí un factor que estimule la misma equivocación.

Si se aceptara que el Constituyente Permanente ha creado el tipo penal de delincuencia organizada en el artículo 16 constitucional, habrá que concluir bajo dicha interpretación que el mencionado delito "se constitucionalizó" configurándose de esta manera un "tipo penal constitucional",<sup>15</sup> cuyos "elementos integradores" vendrían a constituir el tipo penal del delito de delincuencia organizada con lo cual, dicho tipo penal sería un "tipo cerrado" al que, por ser así "no le faltaría ni le sobraría ningún elemento", luego, toda la estructura típica del delito de delincuencia organizada estaría vaciada en la Carta Magna. De esta manera, por estar frente a un "tipo penal constitucional" su materia habría quedado *reservada* al Constituyente Permanente

<sup>12</sup> Tesis XXXIX/2002 del Tribunal Pleno cuyo rubro es: Enriquecimiento Ilícito. El artículo 224 del Código Penal Federal al Establecer la Conducta Delictiva No Viola el Principio de Legalidad contenido en el artículo 14 de la Constitución Política. Ponencia del señor ministro don Sergio Salvador Aguirre Anguiano; Secretarios: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores, Unanimidad de 11 votos, dictada con motivo del juicio de amparo en revisión 1293/2000, de fecha 15 de agosto de 2002, siendo quejoso el señor Raúl Salinas de Gortari.

<sup>13</sup> Un estudio crítico de esa tesis jurisprudencial puede verse en Félix Cárdenas, Rodolfo, "Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del Tribunal Pleno (análisis de la Tesis de jurisprudencia núm. XXXIX/2002)", en *Revista de Derecho Penal, Separata* 2004-2 (Rubinzal-Culzoni, Argentina), pp. 31-98. Existe también publicación en el núm. 34 de la *Revista Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, *Separata*, pp. 363 a 408. En sentido crítico sobre la regulación del delito de Enriquecimiento Ilícito véase Cárdenas Rioseco, Raúl F., *Enriquecimiento Ilícito. Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal. Problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito*, Porrúa, México, 2001.

<sup>14</sup> Conforme a la certificación efectuada en la tesis mencionada, llevada a cabo por el licenciado José Javier Aguilar Domínguez, Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación textualmente se señala: Que el Tribunal Pleno en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que *la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial*, México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos. *Cursivas añadidas*.

<sup>15</sup> Expresión que aquí utilizo con fines meramente didácticos.

por lo que nadie, de no ser el poder reformador de la Constitución podría modificar esos elementos típicos.<sup>16</sup>

Y si la materia, según los que así opinan,<sup>17</sup> es constitucional [tipo penal constitucional] y, por ello *reservada* al Constituyente Permanente, entonces *no habría más tipo penal de delincuencia organizada* que el previsto en el artículo 16, párrafo noveno de la Carta Magna, de ahí que esa afirmación sosteniendo la creación del tipo penal en la Constitución Política hace incongruente la referencia que el propio Constituyente Permanente adujo en el mismo artículo 16 al referir, que se entiende por delincuencia organizada, una organización de tres o más personas para cometer delitos de manera permanente o reiterada “*en los términos de la ley de la materia*”, pues, frente a un tipo penal previsto en la Constitución Política, el legislador ordinario federal estaría impedido a legislar al respecto por haber pasado el Constituyente Permanente a convertirse en legislador penal.

A su vez, de aceptar que el Constituyente Permanente en realidad creó el tipo penal de delincuencia organizada en el texto constitucional, *ninguna razón sistemática ni de ningún otro orden* habría en conceder al legislador ordinario federal para punir dentro del ámbito de su competencia el delito de delincuencia organizada tal y como lo hiciera el propio Constituyente Permanente en la aludida reforma constitucional, constituyéndose ello en grave contradicción sistemática, pues aun cuando las normas constitucionales no se encuentran en contraposición, sino que se armonizan,<sup>18</sup> la inquietante interpretación

<sup>16</sup> Si se siguiera la interpretación que sostiene la existencia de un tipo penal en la Constitución Política, habría que entender que, si el Constituyente Permanente reformó la Constitución creando en el artículo 16 hoy noveno párrafo el “tipo penal de delincuencia organizada”, por tratarse de materia constitucional sería ésta *reservada para ese poder*, con lo que cobraría aplicación el artículo 135 de la Carta Magna.

<sup>17</sup> Entre quienes sostienen esta posición se encuentran: la Dra. Olga Islas de González Mariscal [así expresado durante el debate de la reforma constitucional llevado a cabo en el mes de enero de 2008, en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, intitulado “La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”; como el señor magistrado Héctor Lara González, quien así lo sostuvo en el *Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal 2008*, *op. cit.*, p. 137, acotando su postura en contra de que el legislador mexicano ha establecido en la Constitución Política el concepto de delincuencia organizada, al estimar que *ésta contiene desde un punto de vista material un tipo penal, lo cual es exclusivo de las leyes secundarias*.

<sup>18</sup> Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 8, señaló al respecto: En teoría el texto de la constitución es un todo armónico y congruente; todas sus partes están conformadas de tal manera que

que realizan algunos y que se analiza, conduciría a *la quiebra de ese principio* al resultar claro que, si el poder reformador de la Carta Magna previó el delito de delincuencia organizada en el artículo 16 en su hoy noveno párrafo, su materia se habría “constitucionalizado” quedando en consecuencia como *materia reservada* al Constituyente Permanente, luego, si esto es así, no habría por qué facultar al Congreso de la Unión a legislar sobre una materia *reservada* a aquel poder,<sup>19</sup> tal y como así lo faculta el propio texto del artículo 16 referido cuando alude a: *en los términos de la ley de la materia*.

La quiebra del principio enunciado a que conduciría la interpretación que se somete a crítica es patente. Si hay “tipo penal constitucional”, resultaría *sistemáticamente equivocado y una aberración jurídica*, que el propio Constituyente hubiere permitido al Congreso de la Unión la creación del tipo penal de delincuencia organizada considerando, eso sí, el contorno que le marcó en el hoy noveno párrafo del artículo 16 constitucional, pues resulta evidente que si ese “tipo penal constitucional” no podría sino ser un *tipo cerrado* al estar dados ya sus elementos integradores a ese nivel,<sup>20</sup> nadie, de no ser el Constituyente Permanente podría *agregar o suprimir* alguno de sus elementos, con lo cual no podría ser alterado sino por vía de la aplicación del artículo 135 constitucional. De ser así, el Congreso de la Unión quedaría inhabilitado para la creación del tipo penal en ley ordinaria y no sólo eso, sino para la fijación de su punibilidad, como para la previsión de circunstancias modificativas, entre otros aspectos, al ser que por disposición constitucional no podría legislar sobre materia reservada al poder reformador de la Constitución, quedando la duda entonces de *¿cómo interpretar la referencia del artículo 16 en comentario cuando alude a: en los términos de la ley de la materia, si en ello no podría existir referencia alguna a los elementos típicos del delito?*, pues el legislador ordinario federal no estaría

nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

<sup>19</sup> Si existe una materia *reservada* para el Constituyente Permanente, el texto del artículo 16 en su actual noveno párrafo constitucional resultaría intangible mientras el mismo no fuese cambiado por vía del artículo 135 de la propia Carta Magna, luego entonces, no tendría aquí aplicación el artículo 73, fracción XXI, en su parte primera, de la Constitución Política.

<sup>20</sup> El Tribunal Pleno sostiene que el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 16 en su actual noveno párrafo de la Carta Magna, *contiene todos sus elementos integradores*.

facultado a *quitar ni a poner* elemento típico alguno de los que según quienes consideran que hay tipo penal de delincuencia organizada en la Constitución Política estarían previstos en el artículo 16, noveno párrafo, como los que son: *todos sus elementos integradores*, por ello, no cabría sino aceptar que con esa interpretación, lo que se habría dejado al Congreso de la Unión tendría que ser algo diferente que, sin formar parte de la estructura típica en cuestión, o sea, sin alterar en lo más mínimo los elementos integradores del que entienden como “tipo penal constitucional de delincuencia organizada” deban ser considerados para hacer factible la persecución penal por ese delito y la cuestión es, ¿qué podría serlo? Sin duda, la interpretación que ofrecen quienes asumen esa postura conduce a un callejón sin salida.

A su vez, si existiese un “tipo penal constitucional de delincuencia organizada” según interpretación de algunos, ello conlleva a cuestionarse acerca de la punibilidad. El artículo 16 de la Carta Magna en su noveno párrafo sería en ese sentido una *norma imperfecta* al carecer de sanción<sup>21</sup> y por ello, una puerta sin cerradura para la delincuencia organizada, no sólo local, sino incluso federal.<sup>22</sup>

Por otro lado, como bajo la interpretación que brindan estaríamos frente a una materia *reservada* al Constituyente Permanente y, por tanto prohibida para el Congreso de la Unión, resultaría que la punibilidad prevista en la Ley Federal de Delincuencia Organizada para este delito no tendría aplicación al caso, con lo que la interpretación enunciada conduce en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

También ocurriría bajo esa equivocada interpretación, que ningún delincuente miembro de la delincuencia organizada podría ser sometido a la justicia penal, pues para ello se requeriría de la instrucción de un proceso cuyas bases normativas no se encuentran previstas,<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 90 y ss.

<sup>22</sup> Sobre la estructura de la norma jurídico-penal, véase Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Ed. B. de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 44 y ss. La interpretación que ofrecen quienes consideran que el Constituyente Permanente ha creado el tipo penal de delincuencia organizada en el artículo 16 constitucional, conduce a la aceptación de una norma sin sanción, luego, acorde con la garantía de legalidad penal, dicho supuesto tipo penal sería de imposible aplicación.

<sup>23</sup> El proceso penal federal que se recoge esencialmente en el Código Federal de Procedimientos Penales está diseñado para instruir procesos por delitos del orden federal, de entre los cuales no se encuentran sino los previstos en *leyes federales y en tratados internacio-*

como tampoco lo está *el órgano al cual le sería competente instruir esa causa*,<sup>24</sup> con ello, de nueva cuenta, esa interpretación llevaría en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

Por esto, la interpretación sostenida por quienes piensan que en el artículo 16 constitucional, noveno párrafo, la referencia a la delincuencia organizada no se trata de una definición, sino de un tipo penal, a mayor abundamiento, resulta del todo equivocada por diversas razones:

a) Las disposiciones de la Constitución Política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud

*nales, no quedando comprendidos en ellos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, por consiguiente, nuestro sistema de enjuiciamiento penal no está diseñado para instruir causa por delitos que pudiera el Constituyente Permanente haber creado en la propia Carta Magna, lo que se antoja evidente, pues resulta *sistemáticamente impensable* y aun contrario al pacto federal que el Código Político de los mexicanos se sustituya al legislador ordinario para convertirse en Código Penal; por lo mismo, no se ha previsto un procedimiento de esta naturaleza para ser instruido cuando se comete un delito cuyo tipo penal se hubiese previsto a nivel constitucional, lo cual impediría su juzgamiento frente a la exigencia que se desprende del artículo 14 de contar con leyes previas para ello.

<sup>24</sup> Se trataría de juzgar penalmente a un servidor público en aplicación de un “tipo penal constitucional”, para lo cual no se encuentran facultados los jueces de distrito, quienes por disposición del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación son competentes tan sólo para conocer: I. De los delitos del orden federal, siendo éstos los previstos en *leyes y tratados internacionales pero no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La falta de un juez ordinario previamente determinado por ley al hecho, hace imposible la instrucción de un proceso por el delito de delincuencia organizada cuyo tipo penal, malamente se interpreta se ha previsto en la Carta Magna. Como refiere Juan Burgos Ladrón de Guevara, *El juez ordinario predeterminado por ley*, 1a. ed., 1990, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 12, el derecho constitucional al juez ordinario... exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 16.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Puntos suspensivos añadidos*. El caso del Poder Judicial Federal en el Estado mexicano se encuentra fundamentado en los artículos 14, párrafo segundo, 94, 95, 96, 97, 98, 100 y 101 constitucionales, así como los diversos 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 121, 150, 151, 152, y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

respecto de las normas de principio o de carácter programático, *se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores* que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política.<sup>25</sup> Es forma de ser y de estar constituido; en ella se recogen las garantías individuales, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno que se asume, la forma de estado, la organización y funcionamiento de los poderes públicos, etcétera;<sup>26</sup> *“mas no se constituye en un ordenamiento punitivo”*. Ciertamente, la Constitución Política reconoce en su normatividad diversas figuras e instituciones, pero no las reglamenta, ni siquiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 164.

<sup>26</sup> Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 40, un intento interpretativo de la Constitución Política debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, de naturaleza suprema, que prevé la organización de un Estado bajo una forma determinada, específica y propia, con vista a lograr una convivencia ordenada y pacífica dispone la existencia de poderes y órganos de autoridad, con facultades, atribuciones, limitaciones y prohibiciones y establece derechos a favor de los individuos. Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *ibid.*, p. 41, tras señalar que el derecho constitucional cubre un dominio muy vasto, refieren que éste engloba un conjunto de reglas que fundan al Estado, determinan su forma, le procuran su estructura y sus principios de organización. *Todos estos postulados básicos deben ser desenvueltos por la legislación ordinaria*; por eso se ha dicho que la Constitución imprime al Estado su *“arquitectura constitucional”* que tiene que ser complementada en su detalle por la legislación de los niveles inferiores. Cursivas añadidas. Aparicio Pérez, Miguel Ángel. “Modelo constitucional de Estado y realidad política”, en Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Miguel Ángel Aparicio Pérez, Salvatore Senese, Miguel Ángel García Herrera, Pier Luigi Zanchetta, Giuliano Turone, Clemente Auger Liñán, Michele Taruffo y Ernesto Pedraz Penalva. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 30, refiere que la constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos *puramente valorativos, mandatos incompletos* (recuérdese la ya clásica distinción de Alejandro Nieto entre normas completas e incompletas) o *normas de programación final*, es decir, directrices a los poderes públicos para que lleven a cabo una determinada política en ámbitos concretos: pleno empleo, desarrollo económico, medio ambiente, salud, etc., sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma. Cursivas añadidas. Cfr. Conrado Hesse, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda, Maihofer, Voguel; Hesse y Hayde, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., prolegómena y traducción de Antonio López Piña, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5.

<sup>27</sup> Cfr. Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 5, al referirse al alcance de la facultad reformadora prevista en el artículo 135 constitucional señala que ella *no reconoce límites*; puede estar referida a *toda clase de preceptos*, contengan o no decisiones políticas fundamentales. Cursivas añadidas. Del mismo autor, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 3, Oxford

b) Desde la presentación de las diversas iniciativas de reforma constitucional que dieron origen a la reforma del 18 de junio de 2008,<sup>28</sup> así como de su discusión, nunca fue planteado, ni siquiera de la manera más simplista sugerido, consecuentemente, tampoco discutido ni aprobado que en el artículo 16 constitucional la intención fuera crear el tipo penal de delincuencia organizada.

El Constituyente Permanente, consciente que su función en la reforma constitucional no es la de generar en la Carta Magna tipos penales; al ocurrir la reforma de junio de 2008 no se dio a la tarea de asumir la función penal nada deseable a tal investidura —pues ciertamente la Constitución Política está muy por encima de ello—, sino que, tan sólo plasmó en la misma *un mandato* al Congreso de la Unión para que legislara observando los lineamientos precisados en el texto del artículo 16, noveno párrafo, el tipo penal de delincuencia organizada, su punibilidad, las circunstancias modificativas que se estimaren, etcétera, o sea, legislar en esa materia, con lo cual dejó claro que la delincuencia organizada debía ser sobre la base constitucional establecida, definida por el legislador federal ordinario, para lo cual quedó a cargo del Congreso de la Unión la generación de las normas conducentes para tales fines; es por esta razón que corresponde al Congreso de la Unión, observando ese mandato, que debe proceder a dar nacimiento en ley ordinaria al tipo penal correspondiente.<sup>29</sup>

University Press, México, 1999, p. 871, refiere: De todo lo anterior es más válido concluir que el constituyente mexicano se inclinó por el punto de vista de que la combinación de órganos establecida en la constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, *lo puede hacer sin limitación alguna* que por el punto de vista de que existen determinados principios, los cuales no pueden ser tocados; citando como nota a pie 27 en la misma página el criterio de la Suprema Corte de Justicia en tesis de 28 de agosto de 1918, que ha sostenido: *“...El poder constituyente puede hacerlo todo...”*, en el juicio de amparo mixto en revisión, Ignacio Hernández, t. III, p. 586. Cursivas añadidas. Para nosotros la posibilidad dentro de nuestro sistema constitucional que el Constituyente Permanente reforme la Carta Magna incluso para prever en la misma que un tipo penal existe, sin embargo, ello *no nos parece deseable*, pues consideramos que la Carta Magna está más allá de ser pasada como un ordenamiento penal.

<sup>28</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

<sup>29</sup> Para un símil con la reforma constitucional al artículo 16, hoy en su párrafo noveno que alude a: *“en los términos que establezca la ley de la materia”* dejando en el legislador ordinario federal la creación del tipo penal bajo el contorno señalado por el legislador constituyente; con relación al delito de Enriquecimiento Ilícito en el que se ha presentado un debate similar y la ineludible obligación de los legisladores secundarios de crear los tipos penales por ley ordinaria, véase Búnster, Álvaro, “La responsabilidad penal del servidor

De hecho, desde 1996 en que surgió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada nació el tipo penal, el cual con el tiempo ha venido a ser ampliado incrementándose los delitos relacionados con el mismo, a través de diversas reformas sufridas por esta ley.

La Constitución Política es clara en su artículo 16, noveno párrafo, al dejar en esa definición, después de señalar a la organización de hecho compuesta de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, que será delincuencia organizada lo que así se establezca en *términos de la ley de la materia*, con evidente remisión a la Ley Federal de Delincuencia Organizada a la que, por consiguiente, el Constituyente Permanente le encargó la configuración del tipo penal, su punibilidad, sus circunstancias modificativas, entre otros; lo que no quiere decir otra cosa que, siguiendo los lineamientos precisados en esa *definición*, se dejó en el legislador ordinario federal decir en ley cuándo se está ante o frente a la delincuencia organizada.

Además, se antoja, por evidente que es, que en la *definición* de delincuencia organizada prevista en el artículo 16 constitucional, párrafo noveno, la organización de hecho de tres o más personas para delinquir de manera permanente o reiterada, bien puede configurar *asociación delictuosa*, si se toma en consideración que la diferencia existente entre esta figura y la delincuencia organizada está solamente en los delitos que se relacionan con esta última y que se precisan en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada,<sup>30</sup>

público”, Álvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix-Zamudio, Manuel González, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios doctrinales, núm. 88, México 1984, pp. 24 y ss., quien refiriéndose a la ley –artículo 224 del Código penal federal– y en atención a que con razón sostuvo que en el artículo 109 de la Carta Magna no se creó el tipo penal, señala que la ley por lo tanto, no estaba obligada a reproducir meramente al precepto constitucional en esta materia; antes bien, estaba obligada a no hacerlo, pues la Constitución le ordenaba, para acuñar el o los tipos de enriquecimiento ilícito, fijar los casos y circunstancias en que éste se entendía configurado, con el respeto debido al mandato constitucional contenido en el tercer párrafo de la carta fundamental de no imponer pena alguna decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que, visto desde el ángulo de la ley penal y no del hecho subsumible en ella, implica el mandato de hacer leyes en que se describa precisa, minuciosa y claramente la conducta incriminable. *Cursivas añadidas*.

<sup>30</sup> El criterio del máximo tribunal es el siguiente: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO

luego, si lo que se *definió* no fue la asociación delictuosa, está claro que a nivel del precepto garante que se comenta no existe un tipo penal, sino sólo los lineamientos a considerar por el legislador ordinario al crear el tipo penal de delincuencia organizada y todo aquello que estime inherente o relacionado con el mismo. No hay duda, el párrafo noveno del artículo 16 de la Carta Magna prevé la *definición* de delincuencia organizada que no deja de ser incompleta pues por ello se ha dejado en el legislador ordinario federal su concreción.

Por último, baste con la simple lectura del texto del párrafo noveno del artículo 16 referido para apreciar que en el mismo está ausente toda consideración de un tipo penal de delincuencia organizada, pues no ha de olvidarse que, como refiere Cerezo,<sup>31</sup> los tipos penales se forman a partir de abstracciones de la vida real, así, la generación de un tipo penal exige del recogimiento que haga el derecho de un “ente” para convertirlo en objeto de interés jurídico, a lo que se denomina como “bien jurídico” que, tras ser valorado por el legislador y encontrar que requiere de una mayor tutela como lo es por vía de la sanción

PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: “...serán sancionadas por ese solo hecho...”, excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa. Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Novena época. No. Registro: 179616. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, enero de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVIII/2004, p. 412.

<sup>31</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 110 y ss.

penal, se eleva a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado y esa valoración se ha de comprender en una norma jurídica en la que se establecerá la materia de prohibición,<sup>32</sup> consecuentemente hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico)-norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica);<sup>33</sup> dicho de otra manera, “los tipos penales no surgen de la nada, como tampoco se constituyen o traducen en una declaración de principios, ni en la transcripción del contenido de una norma incompleta o programática, cual es el caso de una norma constitucional”.

Los tipos penales que ante todo son *tipos de injusto*, son el concepto básico del sistema del delito al determinar, bien en forma positiva, o bien negativa, todo cuanto interesa al derecho penal.<sup>34</sup> La norma constitucional cuya característica precisamente es la de estar construida mediante *preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos o normas de programación final* no posee ese proceso de abstracción que conlleva a la generación de un tipo penal pues para ello, se consideran diversos elementos inspirados precisamente en cierta política criminal que vendrán a establecer las características externas o internas de la conducta punible.

La generación de un tipo penal exige un proceso de abstracción, desde la selección del “ente” mismo que habrá de recibir tutela penal, hasta el nacimiento de la norma generada para ello que subyace al tipo, pero que, se conoce a través de éste. En ese proceso existe una ineludible valoración orientada por una determinada política criminal, de esta manera *no es aceptable concluir que un tipo penal se forme por una manifestación programática, ni incompleta, ni por una declaración de principios que es lo que caracteriza a las normas de corte constitucional*, sino la descripción de una conducta como acreedora de pena, a lo que se llega, como se ha dicho, después de un proceso de abstracción, “no de los elementos contenidos en una

<sup>32</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, *op. cit.*, p. 215, refiere que, de este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un *objeto de valor jurídico* (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, *objetos de desvalor jurídico* (conductas prohibidas). Cursivas y paréntesis en texto original.

<sup>33</sup> Zaffaroni, *loc. cit.*

<sup>34</sup> Véase Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 5a. ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 312.

*norma que por naturaleza es puramente valorativa, incompleta o de programación final*”.<sup>35</sup>

Frente a ese mero enunciado que, a la manera de *definición* de delincuencia organizada se consagra en el párrafo noveno del artículo 16 constitucional cabe cuestionarse ¿en dónde se encuentra ahí el bien jurídico? ¿A qué delito o delitos se refiere o con qué delitos se relaciona la delincuencia organizada? La respuesta es simple, sin tipo penal no es factible la consideración de esos aspectos, luego, por evidente que resulta, el numeral garante aludido *no contiene el tipo penal de delincuencia organizada*, sino una *definición* que establece las bases mínimas a considerar por el legislador secundario federal para su generación, la que, por cierto, no sólo aconteció con la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en 1996, sino que, con el tiempo, se ha venido incrementando.

En los referidos términos, tampoco parece ser convincente el criterio mayoritario expresado en el Congreso Nacional de Juzgadores Federales relacionado con la reforma constitucional en materia penal 2008,<sup>36</sup> que, si bien se pronunciaron mayoritariamente para hacer prevalecer que en la Constitución Política el artículo 16 recoge una *definición* y no un tipo penal de delincuencia organizada, se arribó a esa conclusión a la que se llegó no por cuestiones de orden técnico —lo que dicho sea de paso hace dudar respecto de si de fondo su verdadero criterio apuesta por un tipo penal y no por su definición— sino por hacer prevalecer *una convivencia para la seguridad y certeza jurídica*, lo que no parece implicar otra cosa que para evitar males mayúsculos de sostener la presencia de un tipo penal. En realidad, razones jurídicas de fondo sobran para arribar a la conclusión que lo que expresó el poder reformador de la Constitución fue una *definición* de delincuencia organizada.

Esa *definición* del hoy párrafo noveno del artículo 16 constitucional, resta por señalar, contempla los *requisitos mínimos* que el legislador penal federal debe observar en la creación del tipo penal de delincuencia organizada, lo que supone que menos de esos requisitos [por ejemplo, contemplar dos en lugar de tres personas, o eliminar la referencia a la permanencia] no podrán nunca ser tenidos para esos

<sup>35</sup> Véase *supra* nota a pie 26, con referencia a Aparicio Pérez.

<sup>36</sup> Véase *supra* pp. 4 y 5, y nota a pie 11.

efectos, pues se torna en una garantía del justiciable su presencia en la estructura típica de delincuencia organizada, a no ser, que se optare por una *mayor exigencia* [por eje, requerir cinco sujetos o más, y ya no tres como mínimo para estar frente a ese delito] en cuyo caso, esa garantía se vería ampliada benéficamente para los justiciables.

### III. CON MOTIVO DE LA FEDERALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, DEJÓ DE EXISTIR LA FACULTAD DE ATRACCIÓN PARA ESTOS DELITOS

Al definirse en el artículo 16 constitucional la delincuencia organizada, el Constituyente Permanente dejó en el legislador ordinario la creación del tipo penal, la precisión de la pena, las modalidades del delito, etcétera. Quedó en esa ley decir cuándo se está frente a la delincuencia organizada y por ello, cuándo se está en un ámbito punitivo federal.<sup>37</sup>

Así, el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, después de referir en diversas fracciones [I a IV] distintos delitos que entran en ese catálogo [delitos de delincuencia organizada], en su fracción V enumera también a la corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, todos de personas menores de 18 años o que no tienen capacidad de resistir el acto o de conocer el significado ilícito del hecho; al tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad de conocer el significado ilícito del hecho; así como ciertos supuestos de asalto, secuestro y robo de vehículos, todos ellos de la mayor gravedad, para concluir señalando que también, *estos mismos delitos previstos en las correspondientes legislaciones estatales y del Distrito Federal* son delincuencia organizada pues al efecto dice: *“O en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal”*. El único supuesto que no entra en esta fracción es el delito de trata de personas.

En su artículo 3, la ley de análisis hace referencia a un aspecto eminentemente procesal: la “facultad de atracción” que la federación puede ejercer sobre esos delitos de la fracción V cometidos en los

<sup>37</sup> Desde que surgió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en 1996, se creó el tipo penal de delincuencia organizada, el cual se ha visto incrementado a través del tiempo con la inclusión de otros delitos en su artículo 2, el cual nuevamente se ha visto reformado según publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 2009.

estados o en el Distrito Federal *que sean equivalentes a los referidos en esa fracción*, siempre que participe en ellos un miembro de la delincuencia organizada. En todo caso, quedaba claro antes de esta reforma constitucional que esos delitos no eran federales —eran locales—, pero que podían ser atraídos por la federación.<sup>38</sup>

El punto es que no sólo esa “facultad de atracción” aquí ha desaparecido, sino que, lo que es en su origen de competencia eminentemente local, ha pasado a convertirse por la reforma en materia federal, pues al prever el constituyente que la ley secundaria en materia de delincuencia organizada siguiendo el contorno de la Constitución dijera cuando hay delincuencia organizada —la Constitución reza: *en los términos de la ley de la materia*—, dejó en esta ley decir cuáles son los delitos de delincuencia organizada [que hoy son siempre federales] y, como esa ley federal en su fracción V considera a los delitos locales aludidos *equivalentes en los estados y en el Distrito Federal* como de delincuencia organizada, *los tiene entonces por delitos federales* o si se quiere para mayor claridad, *los convierte en delitos federales* y siendo así, ya no es que para su conocimiento participando un miembro de delincuencia organizada deba decidirse si se ejerce o no la “facultad de atracción”, pues siendo ya delitos federales lo que hoy existe es obligación de perseguirlos por la federación, quedando así eliminada esa “facultad de atracción” que con la reforma en comento pierde todo sentido.

Esos delitos *equivalentes de los estados y del Distrito Federal*, que en su origen han sido engendrados por las legislaturas locales, por disposición legal se convierten en delitos federales de delincuencia organizada, vedando a los estados y al Distrito Federal de su persecución *en un evidente rompimiento del pacto federal*. A los estados y al

<sup>38</sup> Desde que surgió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, según publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996, se previó esa “facultad de atracción” en su artículo 3, entendiéndose entonces que esos delitos equivalentes en las legislaciones locales *eran delitos locales, no federales* y que, derivado del ejercicio de esa facultad la federación podía atraer su conocimiento si además de así solicitarlo participaba en ellos un miembro de la delincuencia organizada. Incluso, ya en ese tiempo, según aparece en la publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996, esa “facultad de atracción” encontraba sustento constitucional en el artículo 73, fracción XXI, párrafo segundo, que dice: Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

Distrito Federal, respecto de esos delitos sólo les quedará aquello que es de menor calado que una bagatela, pues su intervención sólo podrá efectuarse fuera de lo que se estima como delincuencia organizada, sin que sea posible pensar en la vía de la "asociación delictuosa" que no guarda más diferencia con aquélla que los delitos previstos en el propio artículo 2 de la ley de la materia, según se ha expresado el Poder Judicial de la Federación.<sup>39</sup> Les quedan entonces, los supuestos de mera participación delictiva que, en esos delitos: secuestro, robo de vehículos, pornografía infantil, etcétera, se antojan, si bien de posible realización, de poca presencia pues generalmente en ellos participan de manera organizada al menos tres personas.

Además, a esto hay que agregarle la dificultad que implicaría la prueba, de inicio, para saber si esto debe ser tratado como un tema local o si lo debe de delincuencia organizada y por ello como un tema federal. Recordemos, que la Primera Sala de nuestro máximo

<sup>39</sup> La Tesis de la Suprema Corte de Justicia es la siguiente: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2O. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido que: "...serán sancionadas por ese solo hecho...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa. Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Novena época. No. Registro: 179616. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, enero de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVIII/2004, p. 412.

tribunal en jurisprudencia generada por Contradicción de Tesis,<sup>40</sup> sostiene que lo juzgado ante autoridad incompetente es nulo, sin que exista posibilidad de volver a procesar en esos supuestos si ha sido una autoridad incompetente la que ha juzgado a pesar de que se haya cometido delito y sea responsable del mismo.

#### IV. LA FEDERALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DEJA VACÍOS A LOS ESTADOS Y AL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En otro aspecto, la acción de extinción de dominio en el ámbito federal, procede con relación al *cuerpo de los delitos* [digo cuerpo de los delitos pues conforme a la ley respectiva, el "hecho ilícito" es el *cuerpo de los delitos* que enuncia la Constitución Política en términos

<sup>40</sup> La tesis de Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dispone: AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE CONCEDE CUANDO EL TRIBUNAL RESPONSABLE QUE EMITE LA SENTENCIA RECLAMADA ES INCOMPETENTE POR RAZÓN DE FUERO. Los alcances de la sentencia de amparo directo cuando se estima que debe concederse la protección constitucional, porque el tribunal local de segunda instancia que emitió el acto reclamado carecía de competencia para fallar el asunto en tanto conoció de él en contravención a las reglas procesales contenidas en el artículo 10, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, relativas a que los delitos federales atraen a los del fuero común en los casos de concurso ideal de delitos, esto es, cuando una sola conducta produce varios resultados ilícitos y el Ministerio Público consigna por todos ellos, son los de la concesión en forma lisa y llana, en atención a los principios de *non reformatio in peius* y *non bis in idem*, los cuales serían trastocados de estimar que la solución contraria es la correcta, esto es, que la concesión sólo fuera para efectos de que la autoridad responsable deje insubsistente su fallo, produzca una nueva resolución en la que declare su incompetencia y la del Juez natural para conocer de la acusación del agente del Ministerio Público, y ordene la reposición del procedimiento a partir de la última actuación que anteceda a la acusación, de manera que el juez *a quo* se declare incompetente por fuero y remita los autos al juez competente, pues en este caso se estaría juzgando dos veces por el mismo delito y provocando la posibilidad de agravar la situación del reo. Contradicción de tesis 119/2002-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito en contra del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López. Novena época. No. Registro: 181222. Instancia: Primera Sala Jurisprudencia Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX*, julio de 2004. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 21/2004, p. 26. Tesis de jurisprudencia 21/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

del Código Federal de Procedimientos Penales]<sup>41</sup> de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos, trata de personas, contra la salud en todas sus modalidades y al que es producto de delitos patrimoniales en caso de bienes intitulados a nombre de terceros y que el acusado se comporte como dueño respecto de los mismos.

Los delitos de delincuencia organizada, *hoy federales*, engloban al secuestro, robo de vehículos y trata de personas, así que la mención a esos delitos después de referir a la delincuencia organizada no puede entenderse sino como los casos en los que no actúa la delincuencia organizada y que se reducen a casos aislados que no justifican la reforma constitucional.

Mientras que la federación podrá perseguir el patrimonio de la delincuencia a través de la acción de extinción de dominio, pudiendo hacerlo contra quienes cometan, entre otros, los delitos de la fracción V, del artículo 2, de la Ley Federal Contra la delincuencia Organizada *equivalentes en los estados y en el Distrito Federal* [corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, todos de personas menores de 18 años o que no tienen capacidad de resistir el acto o de conocer el significado ilícito del hecho; al tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad de conocer el significado ilícito del hecho; así como ciertos supuestos de asalto, secuestro y robo de vehículos, todos ellos de la mayor gravedad] *al ser que la reforma los convirtió en delitos de delincuencia organizada y por ello en delitos federales*; acontece que por ser ya federales, *los estados y el Distrito Federal* no pueden enderezar acciones de extinción de dominio respecto de los mismos, quedando reducidos a supuestos mucho menores que no tienen esa expresión (entiéndase, por ejemplo: la trata que un padre ejerce sobre su menor hija, un secuestro express, el robo de un auto por uno o dos sujetos) y en ello, la política criminal del Estado mexicano enfocada hoy día al combate de la delincuencia más cruenta, no encuentra justificación alguna para involucrarlos en la acción de extinción de dominio, cuando lo que se ha querido con la misma es atacar el patrimonio, no de cualquier tipo de delincuencia, sino de la "organizada", en la que no encajan ni el padre tratante de su hija,

<sup>41</sup> El artículo 2, fracción II, en su parte primera, de la Ley Federal de Extinción de Dominio establece: Para efectos de esta ley se entenderá por: II. Cuerpo del Delito. Hecho ilícito a que se refiere el inciso a) de la fracción II, del artículo 22 constitucional, en relación con el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

ni el roba autos solitario, ni el secuestrador express. Como se ve, al respecto la reforma es un fracaso.

#### V. LEY GENERAL EN MATERIA DE SECUESTRO

Se ha reformado también en el mes de mayo de 2009<sup>42</sup> el artículo 73, fracción XXI constitucional, en su primer párrafo referente a un aspecto que ha pasado casi inadvertido. Me refiero a la "ley general" en materia de secuestro que se anuncia. En dicho numeral, se prevé que el Congreso dará lugar a una "ley general" [que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que no es igual que una ley federal], pero que habrá que decir, no proviene de los estados, ni municipios, sino del Congreso de la Unión y por ello, emana del ámbito federal por muy "ley marco o general" que se quiera ver, luego es producto de la actividad legislativa exclusiva del Congreso de la Unión. El criterio del máximo tribunal es el siguiente:

LEYES GENERALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

<sup>42</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 4 de mayo de 2009.

Se dispone que en esa “ley general” que, a lo menos se establecerán los tipos penales de secuestro, así como que se habrán de prever las bases de competencia y coordinación de los estados y del Distrito Federal.<sup>43</sup> No se trata entonces del mismo supuesto que aconteció con la *federalización* de la delincuencia organizada derivada de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, pues respecto del delito de secuestro la intención del Constituyente no ha sido su federalización, sino la previsión de una “nueva facultad concurrente” para la federación y estados, como para el Distrito Federal, cuyas bases de operación surgirán precisamente en esa “ley general”.

Esta reforma, encuentra su origen en una iniciativa de diputados federales del PRI,<sup>44</sup> que simplemente buscaba federalizar el secuestro junto con la delincuencia organizada y otra del ejecutivo federal, que preveía la creación de una “ley general” en materia de delincuencia organizada y de secuestro. Al final, sólo quedó el supuesto de una “ley general” [a lo que se da por denominar como ley marco] en materia de secuestro,<sup>45</sup> habiéndose establecido en su artículo Primero Transitorio su entrada en vigor al día siguiente de su publicación,<sup>46</sup> así como que, mientras se da esa “ley general”, que se mantendrán vigentes las

<sup>43</sup> El artículo 73, XXI, de la Constitución Política, así reformado, establece en su primer párrafo que el Congreso tiene facultad para: XXI. Establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; *expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios*; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

<sup>44</sup> Presentada a la Cámara de Diputados como Cámara de Origen el 2 de octubre de 2008, en cuya Exposición de Motivos se adujo la necesidad de federalizar el delito de secuestro, en atención a la necesidad de unificar el tipo penal y su sanción frente a la diversidad legislativa que al respecto existe en el país, como de coordinar a las autoridades encargadas en la investigación del delito y establecer criterios uniformes de política criminal.

<sup>45</sup> En el estudio de los documentos integrados al proceso de reforma aparece la referencia a una Discusión dada en el seno de la Cámara de Diputados como Cámara de origen, de fecha 9 de diciembre de 2008, en la cual se presenta, por el diputado César Camacho Quiroz, un *Adendum* relacionado con los Considerandos del Dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Justicia y de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, y se refiere la presencia de un oficio que propone la supresión de la redacción original del decreto aprobado por el Dictamen [que hablaba de una “ley general” en materia de secuestro y en materia de delincuencia organizada]; con lo cual, tan sólo se consideró para los efectos de la reforma una “ley general” en materia de secuestro.

<sup>46</sup> El Artículo Transitorio Primero dice: El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

legislaciones locales y del Distrito Federal en esa materia;<sup>47</sup> luego, *a contrario sensu*, habrá que entender que una vez que exista y entre en vigor la “ley general”, las legislaciones locales y del Distrito Federal perderán vigencia y, siendo así, con ello habrán de quedar derogados los tipos penales de secuestro, previstos en sendas normatividades.

A pesar de esa derogación que se antoja como evidente, se señala de la misma manera en el Transitorio Segundo<sup>48</sup> que, “los procesos iniciados conforme a las leyes locales y las penas que conforme a las mismas se estén ejecutando, seguirán instruyéndose, los primeros, y ejecutándose, las segundas, conforme a las leyes estatales y del Distrito Federal que, como se ha visto, iniciando la vigencia de la “ley general” han de quedar derogadas, tan es así, que el referido transitorio hace alusión a que esos procesos y esas penas: “deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, *conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última*”, esto es, conforme a las disposiciones que se reconoce que a partir de que la “ley general” entre en vigor, estarán derogadas [por ello se refiere a las mismas como disposiciones *vigentes antes...*].

En estos términos, acontece de nueva cuenta que el Constituyente Permanente deroga los tipos penales estatales y del Distrito Federal en materia de secuestro a partir de la emisión de la aludida “ley general”, pero pretende que no obstante ello, se mantengan en curso los procesos en instrucción por ese delito, al igual que se continúen ejecutando las penas por ese delito. De nueva cuenta, *proceso sin delito y pena sin delito al que se asocie*.

Sin embargo, no hay que olvidar que el secuestro en realidad *no se ha federalizado* con motivo de esa reforma, sino que su persecución se ha tornado en “materia concurrente” para la federación como para los estados y el Distrito Federal, con lo cual me parece que es posible salvar esa grave consecuencia que en términos de libertad se

<sup>47</sup> Luego, hay que interpretar que al darse esa “ley general” las disposiciones locales en materia de secuestro quedan derogadas.

<sup>48</sup> El Artículo Transitorio Segundo dice: Las legislaciones en materia de secuestro de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación general. Por lo tanto, *deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última*.

presentaría con la derogación de los tipos penales locales de secuestro, como del Código Penal Federal, de no ser cauteloso en la "ley general" que se avecina.

Es principio básico de la aplicación de la ley penal, que la misma la rige siempre a futuro, lo cual así es reconocido en la Carta Magna al proscribir el artículo 14 en su segundo párrafo, la privación de la vida, de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos de no existir, a más de juicio previo ante tribunales previamente establecidos, *ley expedida con anterioridad al hecho*.

Por ello, la ley penal a partir del inicio de su vigencia no puede sino aplicar a futuro como regla general, a excepción de su aplicación retroactiva más benéfica.<sup>49</sup> Sin embargo, suele acontecer y así será indudablemente con la "ley general" en materia de secuestro, que las nuevas disposiciones –tipos penales– que en ella serán previstas, se verán enfrentadas a las hoy aún vigentes en los estados, en el Distrito Federal y en el Código Penal Federal en materia de secuestro, pero que, en términos de la reforma constitucional se entienden como derogadas al ser expedida esa ley y a partir de su entrada en vigor.

Este problema, que no es sino de sucesión de leyes en el tiempo, debe mirar a la aplicación de la que resulte más favorable para definirse cuál de las mismas es la que debe ser aplicada. Todo ello, ha de descansar en la *estructura típica* que se adopte en los tipos penales de secuestro que se generen con la "ley general", como en su punibilidad.<sup>50</sup> Los supuestos que se pueden presentar son los siguientes:

a) La "ley general" crea nuevos tipos penales de secuestro no previstos hasta ahora en las legislaciones locales ni del Distrito Federal, incluso tampoco en el Código Penal Federal; opera para estos casos la derogación de los vigentes y, esas disposiciones de la "ley general" no podrán ser aplicadas de

<sup>49</sup> El artículo 14 constitucional en su párrafo primero reza: A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; luego, *a contrario sensu* cabe decir, que si lo será en beneficio.

<sup>50</sup> Es posible pensar también aquí, en todo aquello que se presente como más benéfico en una ley respecto de la otra, como lo serían, además, por ejemplo, el que en una se aceptaran ciertos beneficios en la ejecución de la pena y en la otra no, o que los requisitos para su acceso fueran más fáciles de alcanzar en una ley respecto de la otra, o que una de las dos leyes prevea ciertos requisitos, como un requisito de procedibilidad que la otra no exige, etcétera.

manera retroactiva por configurar ello aplicación en perjuicio, en violación a la garantía de legalidad penal.

b) La "ley general" establece tipos penales de secuestro en los cuales, no se contemplan algunas de las modalidades que se tienen previstas en las leyes locales, del Distrito Federal e incluso del Código Penal Federal como típicas; en dicho supuesto por lo que a ellas corresponde operará su derogación.

c) La "ley general" establece los tipos penales de secuestro manteniendo la *misma estructura típica* que los hoy previstos en las legislaciones locales y en el Código Penal Federal, pero a la vez, resulta ser *menos gravosa* que dichas disposiciones al prever, por ejemplo, una menor pena, mayores beneficios en su ejecución, etcétera; será entonces esa "ley general" la aplicable a partir del inicio de su vigencia.

d) La "ley general" establece los tipos penales de secuestro manteniendo la *misma estructura típica* que los hoy previstos en las legislaciones locales y en el Código Penal Federal, pero a la vez, resulta ser *más gravosa* que dichas disposiciones al prever, por ejemplo, una mayor pena, menores beneficios en su ejecución, etcétera; bajo este supuesto, la "ley general" no podrá ser aplicada sin violentar la garantía de legalidad penal pues ello implicaría retroactividad desfavorable, luego entonces, habrá de mantenerse la aplicación *a futuro* de las leyes que se suponen derogadas –como excepción al principio general que la ley penal rige a futuro– por ser más benéficas. Se está aquí bajo el supuesto de su aplicación *ultractiva*.

Se tiene así que, si la "ley general" desatiende alguna modalidad del delito de secuestro prevista en las leyes locales, como en el Código Penal Federal por lo que a las mismas corresponda, quedará derogado el tipo penal. Si el tipo o los tipos penales de la "ley general" se apartan de la *estructura típica* que contiene el de secuestro en los estados, del Distrito Federal y del Código Penal Federal, en todo o en parte, por aquello que no se corresponda habrá derogación, pues es evidente que si la nueva normatividad no se corresponde con la aún vigente, la derogación de ésta última es tácita<sup>51</sup> frente a su oposición.

Si acontece que los tipos penales de la "ley general" si se corresponden en su *estructura típica* con los estatales, el del Distrito Federal y el Código Penal Federal –lo que exigiría en su creación la consideración de todas las modalidades previstas en ellos–, habrá que atender a la

<sup>51</sup> Cobra aplicación el artículo 9 del Código Civil Federal que dispone: La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

punibilidad. Si ésta resulta ser más benéfica en la “ley general”, debe aplicarse la misma en forma retroactiva; pero si resulta ser de igual punibilidad, será la “ley general” la que prevalezca en su aplicación sin que ello importe ninguna violación, con tal, repito, que se conserve en los nuevos tipos penales la *misma estructura típica*.

Y si acontece que, a pesar de mantener la *nueva estructura típica* la punibilidad en “ley general” es más gravosa, será factible mantener la aplicación a futuro de los tipos penales de secuestro de los estados, del Distrito Federal y del Código Penal Federal que se encuentren en esa situación, al ser la única posibilidad de hacer regir a futuro la ley penal que se dice derogada; ello, a pesar de existir una “ley general” que contemple los nuevos tipos penales del secuestro. Se trata de un fenómeno de aplicación *ultractiva* de la ley penal que no comporta violación alguna a la garantía de legalidad.<sup>52</sup>

En este sentido, sólo habrá derogación de los tipos penales estatales, del Distrito Federal y del Código Penal Federal en materia de secuestro, de ser el caso que la *estructura típica* de los que serán creados por la “ley general” no prevea todas las modalidades de los delitos que se contienen en esas normativas, ya que de no ser así, habrá despenalización y con ello, libertades no deseadas. La derogación acontecerá también, respecto de los tipos penales locales y federales cuando la “ley general” entre en vigor, pues con la salvedad anotada, a partir de ese momento sólo tendrá a futuro aplicación la “ley general”.

Esto es absoluta y jurídicamente procedente, pues la reforma de fondo está creando con esa “ley general”, como he dicho, una nueva facultad concurrente.

Respecto de las características de las facultades concurrentes, nuestro máximo tribunal sostiene lo siguiente:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “Las facultades que no están expresamente concedidas, por esta Constitución a

<sup>52</sup> Véase Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1978, p. 186. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, Filosofía y ley penal. 4a. ed. actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, pp. 626-628. Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1977, pp. 144-151.

los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.

Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de diciembre en curso, aprobó, con el número 142/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de diciembre de dos mil uno.

Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002. Tesis: P/J. 142/2001, p. 1042.

Esa facultad, que se prevé como concurrente, que por cierto se presenta como una excepción a la regla del propio artículo 73, fracción XXI, prevista en su cuarto párrafo,<sup>53</sup> conlleva a que, siendo que esa “ley general” será aplicada tanto por la Federación como por los estados y el Distrito Federal, ello permitirá la comparación en cada ámbito de aplicación de los nuevos tipos penales que serán creados, con los existentes y, si aquéllos son más severos en sus consecuencias pero conservan la *misma estructura típica*, la derogación que se desprende del Segundo Transitorio lo será tan sólo *en apariencia* permitiendo la instrucción de los procesos actuales y la ejecución de

<sup>53</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 28 de noviembre de 2005. Se establece en la misma. Artículo 73. El Congreso tiene facultad: En las *materias concurrentes* previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común *podrán* conocer y resolver sobre delitos federales.

las penas bajo las leyes derogadas. La derogación de éstas entonces, se podrá comprender así y sólo así, para los nuevos supuestos de secuestro que se presenten a partir de la entrada en vigor de la "ley general" o en aquellos casos en que no exista correspondencia con su *estructura típica*.

Una última reflexión a este respecto. Reformas como ésta que crean una "ley general" en materia penal, permiten adelantar una lectura de futuro. Se trata ya de desposeer a los estados y al Distrito Federal de su exclusiva facultad para darse sus leyes penales, pues resulta evidente que la sombra de un ordenamiento penal único comienza a desplazarse lentamente ante la mirada complaciente de las entidades federativas, que se muestran pasivas frente a un proceso de erosión del federalismo que parece ser incontenible.

## VI. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Por último, la reforma reciente al artículo 16 constitucional en materia de protección de datos personales que se llevó a cabo en junio de 2009.<sup>54</sup> Esa innecesaria reforma<sup>55</sup> se plasmó como un segundo párrafo al artículo en cita, procediéndose con la misma a recorrer por su ubicación y número los párrafos subsecuentes. El artículo único de la reforma establece:

Artículo Único. Se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción

<sup>54</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 1 de junio de 2009.

<sup>55</sup> La Constitución Política ya refería en su artículo 16 la prohibición de afectar sin mandato judicial a la persona, familia, el domicilio, los papeles y posesiones, nociones, cuando menos las tres últimas que reconocían el derecho fundamental a la intimidad, con lo cual, los datos personales se encontraban ya protegidos en la norma constitucional.

a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Acontece que, en el que antes de esa reforma fuera el segundo párrafo y el décimo tercero, ambos del artículo 16 [que hoy son ya el tercero y décimo cuarto por haber sido recorridos en virtud de la misma] se contemplaban respectivamente: en *el entonces párrafo segundo* que: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión y, en *el entonces párrafo décimo tercero* que: Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Sucede que el Artículo Segundo Transitorio de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, entre otros, respecto de esos párrafos, previó su inicio de vigencia cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, dando un plazo máximo para ello de ocho años.<sup>56</sup> Sin embargo, esos párrafos quedaron desplazados por la reforma en materia de protección de datos personales que, *con marcado desaseo*, los recorrió en su ubicación y con ello, dejaron

<sup>56</sup> El Artículo Segundo Transitorio de dicha reforma establece: *Segundo*. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, *párrafos segundo y decimotercero*; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

de corresponderse con el mandato constitucional que se previó en el Transitorio Segundo de la reforma constitucional del 18 de junio.

¿Querrá decir esto que se han perdido las disposiciones de esos dos párrafos y que el inicio de su vigencia se ha tornado incierto y sin sujeción a plazo alguno?, o ¿qué debe entrar aquí en vigor la aplicación de la norma general del derecho aplicable para el inicio de vigencia de normas cuando para ello no se fija plazo pues ha dejado éste de existir para tales disposiciones?, o será que, ¿el poder judicial federal tendrá que entrar a una interpretación del texto constitucional a este respecto que no la necesitaba y que, gracias a esta legislatura galopante que se ha venido encargando de sacar a vapor reformas constitucionales lo va empujando cada vez a realizar esfuerzos innecesarios para aplicar las normas reformadas, complicando, repito, innecesariamente, el desempeño de su función?

Lo cierto es que, *las disposiciones transitorias son parte del texto de la ley* y si bien es que, con respecto a los párrafos segundo y décimo tercero del artículo 16 constitucional surgidos en la reforma del 18 de junio de 2008, el párrafo primero del Artículo Segundo Transitorio de dicha reforma refirió que su entrada en vigor sería cuando el sistema procesal penal acusatorio previsto, entre otros, en el artículo 16 en esos párrafos, sería cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin que pudiera exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de ese Decreto; acontece que con la reforma que ahora se comenta, esos párrafos han quedado desplazados –fuera– de esas hipótesis de inicio de vigencia pues ya no son más ni el *segundo párrafo* ni el décimo tercero, sino el tercer párrafo y el décimo cuarto y no lo son, porque la única vía legalmente posible para lograrlo –otra reforma constitucional– se ha operado y es ya vigente en esos términos; luego, no existe posibilidad alguna de corregir ese grave descuido a través de una *fe de erratas* que es aquí del todo improcedente, ni parece ser la salvación una interpretación histórica ni teleológica del Poder Judicial Federal la que salve el escollo. Es necesario de nueva cuenta ajustar el texto constitucional mediante el único mecanismo posible: su reforma por vía del artículo 135.

De último momento, el día 25 de junio de 2009 aparece una nueva publicación en el *Diario Oficial de la Federación* como *Fe de errata*

a la reforma constitucional publicada en ese periódico oficial el 1 de junio de 2009 relativa a la protección de datos personales.

Confieso, que iniciando su lectura vuelvo a ratificar el enorme descuido que los legisladores reformadores de la Constitución Política vienen cometiendo en su ímpetu reformador a la Carta Magna –inquietud pocas veces vista– que en forma por demás criticable demuestra que detrás de ello, se aprecia un enorme descontrol en el manejo de los preceptos reformados, sobre todo si recordamos que quienes han venido operando todas estas últimas reformas a la Carta Magna es la misma legislatura federal como local. La publicación del 25 de junio es del tenor siguiente:

Fe de errata al Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 1 de junio de 2009.

En la Primera Sección, página 4, en el último párrafo transcrito, dice:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Debe decir:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que *preceda* denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Como se aprecia, en una procedente *fe de erratas*, se corrige un descuido más del poder constituyente que en el texto mandado a publicar correspondiente a la reforma del 1 de junio de 2009, utilizara –por claro error mecanográfico– la palabra “proceda” en lugar de “preceda” al referirse a la necesidad de contar con denuncia o querrela previa para el libramiento de una orden de aprehensión en términos

del que ahora ha pasado a convertirse el párrafo tercero del artículo 16 constitucional.<sup>57</sup>

Convendría que ese ánimo reformador que vemos muy presente en el Constituyente Permanente se viera acompañado de una mayor reflexión y que tal vez, los legisladores se tomaran la molestia de darse cuenta que en esta reforma nos estamos jugando mucho. No hay que confundir la buena voluntad y el mejor ánimo, con la indeseable torpeza que acompaña a estos gravísimos descuidos.

<sup>57</sup> El texto que se encuentra de ese párrafo en la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, utiliza la palabra "preceda", por lo que ello permite apreciar sin duda alguna que la *fe de erratas* que se comenta es procedente.