

## CAPÍTULO PRIMERO

# LA CONSTITUCIÓN Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

### I. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Al margen de que la doctrina ha sido recalcitrante en rechazar la utilización de la Constitución como “instrumento de codificación penal”,<sup>6</sup> en la que se regulen tipos penales —situación que no me parece en lo absoluto tan alarmante como lo han manifestado algunos—, el hecho de que haya sido en la propia Constitución donde se originen las directrices político criminológicas sirve para dar una idea lo suficientemente clara de la problemática que existe en el Estado Mexicano, ya no sólo por la problemática social de inseguridad y de percepción de la misma —que, dicho sea, no son la misma cosa ni pueden tratarse con los mismos parámetros y mucho menos, se deben emprender reacciones para implementar políticas públicas

<sup>6</sup> Véase Martínez Cisneros, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada y el sistema de justicia penal acusatorio. ¿Coexistencia conflictiva?*, disponible en [http://www.sociedaddelhonorjudicial.org/pdfs/DELINC\\_ORGAN\\_Y\\_SISTEMA\\_ACUSATORIO\\_COEXISTENCIA.pdf](http://www.sociedaddelhonorjudicial.org/pdfs/DELINC_ORGAN_Y_SISTEMA_ACUSATORIO_COEXISTENCIA.pdf), consultada el 20 de febrero de 2012, p. 9: “En nuestro país, los defensores radicales del modelo acusatorio consideran abominable la admisión en la Constitución Federal de las disposiciones que distinguen y dan un trato diferenciado a la delincuencia organizada; dicen que ello lleva a un desdoblamiento esquizofrénico de la justicia y el hecho de aplicar un tipo de justicia para los delincuentes comunes y otro para las “mafias” permitirá medidas más intrusivas y violatorias que a la postre socavarán las garantías básicas del debido proceso, lo cual se traducirá en una franca vulneración de las normas internacionales sobre derechos humanos”. Así como Laveaga, Gerardo, “¿Quién teme a los juicios orales?”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, cuarta época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, julio-agosto de 2008.

## 2 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

que no tengan claras sus diferencias y confundan la forma de tratar a cada una de ellas—, pues más allá del discurso demagógico que suele emplearse, cuando se habla de crimen organizado se encuentra en peligro la soberanía misma de los Estados Nación.

Cuenta de ello se ha dado en regiones específicas de la República italiana (como Calabria y Nápoles) y de un país latinoamericano muy cercano: Colombia, en el que la captura del Estado (CdE) no sólo fue un hecho, sino que derivó en una reconfiguración cooptada del Estado (RcdE).

El hecho es que, sea por descuido, malas políticas o cualquier otra variable —o muchas conjuntamente—, el Estado mexicano se ha sentido amenazado por lo que se dice constituye un fenómeno creciente y preocupante del crimen organizado y los embates del mismo a la sociedad y al Estado,<sup>7</sup> al grado que algunos

<sup>7</sup> Quien fuera secretario de Seguridad Pública Federal y posteriormente procurador general de la República en el sexenio del presidente Vicente Fox, Eduardo Medina Mora, declaró al diario español *El País* en noviembre de 2008: “Hay policías en algunas zonas de la frontera norte que directamente fueron privatizadas por el narcotráfico. El presidente Calderón ha dicho que las organizaciones criminales en algunas de esas zonas han disputado al Estado sus potestades básicas... Era una cuestión absolutamente inaplazable ...Las organizaciones de violencia organizada estaban tocando la puerta de las más importantes instituciones del Estado. Por eso tenía que darse una respuesta tan contundente, tan determinada... Ciertamente, el narcotráfico ha tenido capacidad de infiltrar instituciones de seguridad y de procuración de justicia”. Ordaz, Pablo, *El País*, archivo, domingo 23 de noviembre de 2008, “Entrevista: Eduardo Medina Mora, procurador general de la República. «El crimen organizado estaba tocando a las puertas del Estado»”, 2008-11-23, disponible en: [http://elpais.com/diario/2008/11/23/internacional/1227394806\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/11/23/internacional/1227394806_850215.html), consultada el 12 de febrero de 2012. Hay quienes no desconocen la problemática, pero la atribuyen a las propias políticas implementadas por el mismo Estado, así Aguilar V., Rubén y Castañeda, Jorge G., *El narco: la guerra fallida*, México, Punto de lectura, 2010: “No obstante, jamás un sexenio le había apostado a una meta y abierto tantos frentes simultáneos como Calderón respecto del narcotráfico ... Para poner todas las cartas sobre la mesa conviene empezar por el final. La conclusión de este texto, derivada del análisis de los argumentos esgrimidos por el gobierno para explicar/justificar/defender su decisión, es que la razón primordial de la declaración de guerra del 11 de diciembre de 2006 fue política: lograr la legitimación supuestamente perdida en las urnas y los plantones, a través

sostienen —sin razón— que México es ya un “Estado fallido”.<sup>8</sup> Tal preocupación estadual se vio reflejada en esta reforma constitucional de junio de 2008 al sistema completo de seguridad y justicia,<sup>9</sup> la que incluyó una regulación constitucional especial para la delincuencia organizada.

Fue el mismo decreto del 18 de junio de 2008 el que incorporó un nuevo modelo procesal penal y reguló a la delincuencia organizada y algunas figuras paralelas, pero íntimamente relacionadas (como la extinción de dominio).

La regulación de la DO a nivel constitucional no fue algo novedoso, pues ya en 1993 se había incorporado por vez primera el

de la guerra en los plantíos, las calles y las carreteras, ahora pobladas por mexicanos uniformados... En primer lugar, sostenemos que la consigna central de la comunicación oficial (“Para que la deroga no llegue a tus hijos”) no se sostiene... En segundo término, si la razón era la eclosión de la violencia, a casi tres años prevalece un clima de hostilidad superior al de antes... Enseguida, a propósito de dos temas externos, tratamos de demostrar que ni el supuesto tráfico de armas procedente de Estados Unidos ni la demanda de estancias ilícitas en ese país han contribuido a un mayor deterioro del que imperaba antes.”

<sup>8</sup> Véase Aguayo, Sergio, “¿México fallido?”, *El País.com*, 2009-02-06, disponible en [http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805_850215.html), consultada el 12 de febrero de 2012, quien manifiesta: “¿Es México un Estado fallido? No en términos generales, porque el Estado todavía controla la mayor parte del territorio. Sin embargo, la situación se empaña cuando se piensa en ciudades e instituciones en donde la presencia del Estado es testimonial porque quienes controlan los hilos del poder son los narcos. La sensación de que marchamos hacia el precipicio se acentúa por la desorganización y la tibieza con la cual Felipe Calderón enfrenta la corrupción y la desorganización que, junto con la desigualdad y la impunidad, desangran y debilitan a la sociedad y al Estado”.

<sup>9</sup> Se dice que es de seguridad y justicia porque no se trató sólo —como algunos sostienen— de reformar el sistema procesal (que pertenece al subsistema de impartición de justicia inserto dentro del de administración de justicia), sino de reformar todo el sistema de seguridad pública, el que por disposición constitucional implica a los modelos de prevención del delito, la investigación y persecución del mismo y la ejecución de penas y medidas, involucrando así a las corporaciones policiales, el Ministerio Público, los tribunales, los servicios periciales, las defensorías públicas y las autoridades penitenciarias y de ejecución de medidas, tanto para adultos, como para adolescentes.

vocablo delincuencia organizada, sin que se definiera o se le diera contenido alguno con la única intención de permitir al MP duplicar el plazo constitucional de 48 a 96 horas en los caso de DO.

Tuvo que ser en enero de 1994 con la adición de un artículo 194 bis al CFPP, en donde se establecía lo que se entendía por DO, con relación a lo señalado por el artículo 16 de la CPEUM sobre la duplicación del plazo ante el MPF. Para dos años después, en 1996 como resultado de las críticas presentadas por la opinión pública, la academia y todos los interesados en el tema de la DO, que tildaban al todavía proyecto de LFCDO de anticonstitucional, el ejecutivo federal presentó una iniciativa de reformas a la CPEUM que hacían *tabula rasa* con los preceptos constitucionales con que se oponía el proyecto de ley en comento, quitando de esta manera el obstáculo más grande con que contaba.

Las reformas versaron sobre el *kernel* de la ley, puesto que estableció la posibilidad de las intervenciones de comunicaciones privadas, la restricción de la libertad provisional bajo caución, el cambio de denominación de la entonces “policía judicial”, el decomiso de los bienes relacionados con la DO, y la facultad del Congreso para conocer de ciertas materias en sus artículos 16, 20, 21 22 y 73 fracción XXI respectivamente.

Lo que sí constituye una novedad es la técnica legislativa —insisto, para algunos tan desafortunada que ha sido casi un sacrilegio—, consistente en incorporar ahora al texto constitucional una definición de lo que es la delincuencia organizada, en una suerte de “tipificación penal constitucional”.

He de insistir en el hecho de que hacer de la Constitución un instrumento de codificación penal, no es ni tan grave, ni tan novedoso en nuestra tradición constitucional.

Este fenómeno, al que denomino “Instrumentalización penal de la Constitución” (IPdC) se ha dado desde hace muchos años, desde 1917, para ser preciso.

## II. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Bajo tal perspectiva, ¿cómo deben ser considerados los derechos fundamentales?, por ejemplo, según este mismo artículo 20 constitucional, el apartado B, fracción II recoge el derecho de toda persona imputada a guardar silencio, derecho que no podrá ser utilizado en su perjuicio.

Ferrajoli presenta un tratamiento en el que tales derechos fundamentales<sup>10</sup> son verdaderas normas, lo que provoca dos posiciones concretas:<sup>11</sup>

- 1) Los derechos fundamentales no son predispuestos por normas, sino que ellos mismos son normas, llamadas “téticas” en oposición a las “hipotéticas”, que predisponen situaciones como efectos de los actos previstos por ellas.
- 2) Tales normas en las democracias constitucionales están incluidas en las Constituciones como otras tantas normas *sustanciales* sobre la producción de grado sobreordenado a cualquier otra.

Según esta postura, a su vez se derivan dos implicaciones:<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Entendidos como “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Fontamara, 2002, p. 37.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre la definición de “democracia”*. Una discusión con Michelangelo Bovero, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia\\_10.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia_10.pdf), consultada el 28 de febrero de 2010.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 234 y 235.

6 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

*Primera.* — De la primera parte sustancial de las constituciones son “titulares” y no simplemente “destinatarios” los mismos ciudadanos, lo que la convierte naturalmente en rígida, siendo los derechos fundamentales (y por consiguiente las normas constitucionales en que ellos consisten) no suprimibles ni reducibles por la mayoría.

En efecto, la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la Constitución, porque somos titulares de los derechos fundamentales adscritos en ella, la Constitución es patrimonio de todos y de cada uno, razón por la cual, ninguna mayoría puede meterle mano sino con un golpe de estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. Por esto, una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no son una cuestión de mayoría y deberán estar sustraídos también al poder de revisión: o mejor, deberían admitirse sólo su ampliación y nunca su restricción, ni mucho menos su supresión.<sup>13</sup>

*Segunda.* — La constitucionalización de los derechos fundamentales, elevando tales derechos a normas del ordenamiento sobre-ordenadas a cualquier otra norma, confiere a sus titulares una colocación a su vez sobre-ordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que están vinculados y son funcionales al respeto y a la garantía de los mismos derechos.

Estos derechos se expresan como expectativas negativas y positivas del ciudadano hacia las autoridades. Que el Estado no prive de la libertad a un individuo constituye esa *expectativa negativa* del sujeto, en tanto que una *expectativa positiva* sería esperar que el Estado realice la declaratoria de un área natural protegida como santuario de una especie de mamíferos marinos, por ejemplo.

Y para salvaguardar el cumplimiento de dichas disposiciones jurídicas normativas, consideradas como derechos fundamentales las propias Constituciones, crean un régimen normativo adi-

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 234.

cional para su defensa. A estas disposiciones se les denomina garantías constitucionales o, medios de control constitucional.

Según una definición del mismo Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.<sup>14</sup>

Así, las garantías al asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la ley fundamental terminan controlando el funcionamiento del mismo orden constitucional, por lo que no son más (y claro, ni menos) que los denominados *medios de control constitucional*, cuya finalidad es, según el máximo Tribunal Constitucional del país —que lo es, aunque lleve a cabo actividades adicionales a las que le deberían corresponder como tal—, el “reestablecer el orden constitucional”.<sup>15</sup>

En concreto, *garantías constitucionales* o *medios de control constitucional* son los mecanismos previstos por la Constitución que aseguran la protección de los derechos fundamentales y de las facultades de las autoridades.

En México, las garantías sólo son cinco y son las siguientes: 1) amparo; 2) controversias constitucionales; 3) acciones de inconstitucionalidad; 4) conflictos competenciales, y 5) control político electoral.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>15</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación para jóvenes*, México, Mc Graw Hill, 2004, p. 23.

<sup>16</sup> También denominado *Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, como lo señala la ley en la materia: “Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral”, o *Procesos Jurisdiccionales en Materia Electoral*, como les llama la Corte, véase *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, *cit.*, p. 29.

### III. DELINEACIÓN CONSTITUCIONAL POLÍTICO CRIMINOLÓGICA

En términos generales —desde una perspectiva académica—, la política criminológica puede ser entendida como: “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal con el fin de mantener bajo los límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”.<sup>17</sup> Asimismo, la política criminológica puede ser concebida como una disciplina que proporciona a las instituciones públicas las opciones —y/o estrategias— más adecuadas para el —efectivo— control de la criminalidad. Al mismo tiempo como un conocimiento que coadyuva en la recepción de los informes criminológicos y su transformación en normas jurídicas. Es decir, puede concebirse como un modelo —de toma de decisiones— en el cual el Estado puede basarse para establecer sus estrategias de prevención, intervención y tratamiento del crimen.<sup>18</sup>

Este conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico establecidas por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal a través de un modelo —de toma de decisiones— en el cual el Estado puede basarse para establecer sus estrategias de prevención, intervención y tratamiento del crimen,

<sup>17</sup> Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>18</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. La política criminológica de nuestro país se encuentra dentro del Plan Nacional de Desarrollo, específicamente, en los programas sectoriales respectivos, misma que se puede calificar de liberal (garantista), dada su sujeción al orden constitucional y legal. El contenido de un programa de esta naturaleza podría organizarse así: modernización jurídica (en los niveles constitucional, legal y reglamentario); procuración de justicia; impartición de justicia; ejecución de sanciones; sistema pospenitenciario; política penal; coordinación; concertación social; servicios privados seguridad, tecnología, desarrollo de personal; equipamiento y tácticas, proyectos operativos específicos, véase Cruz Torrero, Luis Carlos, *Seguridad Pública*, 2a. ed., México, Trillas, 2007.

bien puede estar inserto dentro de las Constituciones. La adopción de un sistema penal acusatorio, la presunción de inocencia, el derecho a la reparación del daño a la víctima del delito, la instauración de un derecho penal de tres velocidades, etcétera, son ejemplos claros de medidas y principios político criminológicos establecidos en nuestro marco constitucional que no admiten duda, por lo menos de su existencia en la norma suprema, pero, ¿es esto válido para el constitucionalismo moderno? Antes de dar contestación a estas interrogantes, se debe plantear cómo es que el Estado mexicano adopta estos principios político criminológicos.

El Constituyente mexicano ha optado por tres medidas de carácter normativo constitucional para hacer frente al fenómeno criminal como estrategias de prevención, intervención y tratamiento de la criminalidad: 1) el establecimiento de *principios generales* de derecho penal; 2) la diferenciación de un *derecho penal en tres velocidades*; 3) la *criminalización de conductas* desvaliosas; 4) la *reserva de competencias* penales para la federación, y 5) la posibilidad de *competencias territoriales cruzadas*.

### 1. *Principios generales de derecho penal*

En materia de justicia para adolescentes, por ejemplo, existe una serie de principios constitucionales que delimitan la política criminológica a seguir por parte del Estado mexicano, que se traducen en:

1) Sistema de doble fuero; 2) integralidad del sistema para adolescentes; 3) sistema penal diferenciado y legalidad; 4) división etaria; 5) sistema garantista; 6) sistema asistencial para niños; 7) especialización; 8) medidas aplicables; 9) protección integral e Interés superior del adolescente; 10) medios alternativos de solución de conflictos; 11) debido proceso; 12) independencia entre autoridades; 13) proporcionalidad de las medidas; 14) reintegración social y familiar; 15) desarrollo de la persona y capacidades, y 16) procedencia del internamiento.

## 2. La diferenciación de un derecho penal en tres velocidades

Como criterios de políticas públicas de combate delictivo se encuentran dentro de la Constitución tres velocidades, una primera que aplica como generalidad, una segunda de excepción y una tercera todavía más restringida y especializada.

Como *primera velocidad*, contempla la regulación de un proceso penal acusatorio y oral que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez para todas las figuras delictivas (artículo 20).

En una *segunda velocidad* se prevé la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, a petición del Ministerio Público, o bien, oficiosamente cuando el juez lo ordene en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud (artículo 19, § segundo).

Y finalmente una *tercera velocidad*<sup>19</sup> contenida en los artículos 16, §§ octavo, noveno, décimo y del decimosegundo al decimo-

<sup>19</sup> El “derecho penal de tercera velocidad” o “derecho penal del enemigo”, consiste en la estratificación al reconocimiento y respeto de garantías de acuerdo con el tipo de delitos que se cometen, que en este caso es delincuencia organizada, esto es, un derecho que contempla medidas preventivas de libertad con reglas procesales y de imputación menos rigurosas muy adecuadas para casos de emergencia siendo la expresión de un derecho de guerra cuando la sociedad ante la gravedad de la situación excepcional del conflicto, renuncia a soportar los costos de la libertad de acción, véase Melo Reghelin, Elisangela, “Entre terroristas y enemigos”, tr. de Israel Alvarado Martínez, *Anales de Jurisprudencia*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, t. 297, VIII época, enero-febrero 2009.

quinto; 18, §§ octavo y noveno; 19, §§ segundo y sexto; 20, apartado B, fracciones III y V y apartado C, fracción V; 22, § segundo, fracción II y 73, fracción XXI constitucionales también regulan a esta figura.

### 3. *La criminalización de conductas desvaliosas*

La regla en materia de construcciones típicas o criminalizadoras es que el legislador secundario está en libertad de determinar lo que es o deja de ser un tipo penal, esto es, no existen mandatos por los que los órganos legislativos federales o locales, estén obligados a tipificar como delito a la difamación, o a las lesiones, incluso al aborto, como tampoco existe obligación de que mantengan ciertas figuras típicas ya reguladas, en cualquier momento pueden derogar las injurias, el abuso sexual, la vagancia, etcétera.

Pero dicha regla tiene ciertas excepciones, 13 precisamente, por ejemplo, la figura delictiva de *violación de comunicaciones privadas* no está a discusión por parte del legislador secundario si la normativiza o no, pues el propio Constituyente ya ha dispuesto la obligatoriedad de su regulación en el § duodécimo del artículo 16 constitucional y, el legislador competente (sólo el federal por tratarse de una materia reservada a la federación) lo ha tipificado en los artículo 177 del *Código Penal Federal* y 27 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*.

Aquí se muestra una tabla con los mandatos constitucionales de penalización, el fundamento de dicho mandato y la forma en que se han normativizado en la legislación secundaria, cuando esto ocurre.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Alvarado Martínez, Israel, “La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ¿Instrumento de política criminológica o tutela de derechos fundamentales?”, *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, núm. 6, año III, agosto 2010.

MANDATO DE PENALIZACIÓN	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	PRECEPTOS QUE LO INSTRUMENTALIZAN
PRIMERO. — Dilación en la obligación de poner al inculcado a disposición del juez por parte de la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión	16, § cuarto	225, fracción XX del Código Penal Federal
SEGUNDO. — Definición de delincuencia organizada para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia	16, § noveno	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
TERCERO. — Retención de un individuo por más tiempo del permitido (48 o 96 horas, en caso de delincuencia organizada)	16, § décimo	225, fracción X del Código Penal Federal
CUARTO. — Violación de comunicaciones privadas	16, § duodécimo	177 del Código Penal Federal y 27 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
QUINTO. — Violación de correspondencia	16, § décimo séptimo	173 del Código Penal Federal
SEXTO. — Prolongación indebida de la detención judicial	19, § cuarto	225, fracción XVII del Código Penal Federal
SÉPTIMO. — Incomunicación, intimidación o tortura	20, Apartado B, fracción II	215, fracción XIII y 225, fracción XII* del Código Penal Federal

\* Esta fracción es toda una joya jurídica, contiene una redacción básicamente idéntica a la XIII del 215: “Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura”, y 225 “Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura”, con la salvedad que ésta del art. 225 no contiene prevista sanción alguna.

MANDATO DE PENALIZACIÓN	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	PRECEPTOS QUE LO INSTRUMENTALIZAN
OCTAVO. — Responsabilidad penal de los servidores públicos	109, fracción II	Todo un Título, el Décimo: Delitos Cometidos por Servidores Públicos, se diseñó para cumplir con el mandato que impone la carta magna, en el que se encuentran las figuras de ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito
NOVENO. — Enriquecimiento ilícito de los servidores públicos	109, fracción III, § tercero	224 del Código Penal Federal
DÉCIMO. — Delitos en materia electoral	116, § segundo, fracción IV, inciso n).	Para este caso, el mandato no es para la federación, ni para el Distrito Federal, sino para los estados, los cuales, deberán crear “leyes... en materia electoral” que “garantizarán que” “se tipifiquen los delitos... en materia electoral, así como las sanciones que por ellos deban imponerse”
UNDÉCIMO. — Delitos en materia electoral	122, § sexto, apartado C, BASE PRIMERA, fracción V, inciso f), con relación al diverso 116, § segundo, fracción IV, inciso n)	Todo un Capítulo dedicado a los “Delitos electorales”, contenidos en el TÍTULO VIGÉSIMO SEXTO, “Delitos contra la democracia electoral” del Código Penal para el Distrito Federal
DUODÉCIMO. — Prohibición de los servidores públicos de recibir remuneración mayor a la establecida para el presidente de la República	127, fracción VI y artículo Quinto Transitorio del DECRETO por el que se reforman y adicionan los artículos 75, 115, 116, 122, 123 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Todavía sin instrumentación
DÉCIMO TERCERO. — Incumplimiento de la promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen en materia religiosa	130, § último	404 del Código Penal Federal

No se trata de una técnica recurrente, sin embargo, existen 13 casos en los que esta técnica político criminológica se emplea como fórmula de crear obligaciones *constitucionales* de criminalización a cargo de los legisladores secundarios en el ámbito de sus competencias, tanto territoriales como materiales, principalmente, lo que constituye una forma de IPdC.

Claro está, que ante esta evidencia podría argumentarse que una cosa es establecer directrices político criminológicas para obligar al legislador secundario a regular penalmente una cierta figura delictiva, y otra muy distinta es regular un tipo penal a nivel de la Constitución. Cierto, pero esta situación descrita con anterioridad ya no pone a la tipificación de la figura de DO en la Constitución como una figura “monstruosamente excepcional”, pues sigue una línea político criminal definida con anterioridad.

Pero si estos argumentos no convencen, habrá que recordar que el artículo 16 constitucional que tipifica a la figura en comento, sólo prevé eso, su mera tipificación, reservando la punibilidad al legislador secundario, pero aún cuando incluso regulará esta segunda parte de la norma (la punibilidad) y no sólo el tipo como actualmente lo hace, tal situación no sería novedosa.

En su momento —desde la creación de esta Constitución en 1917 y hasta hace muy poco (diciembre de 2005)—,<sup>21</sup> el Constituyente no sólo previó la *Instrumentalización Penal de la Constitución* para ciertas conductas desvaliosas, sino que señaló cuál sería la punibilidad que les correspondería. Que de facto estuvieran en desuso esos preceptos en las postrimerías de su regulación, esto es una situación ajena a este planteamiento, pero lo cierto es que el artículo 22 constitucional constituía una expresión viva de la IPdC al señalar que las conductas delictivas de 1) traición a la

<sup>21</sup> El 9 de diciembre de 2005, en el DOF se publicó el “Decreto por el que se declara reformados los artículos 14, segundo párrafo y 22 primer párrafo, y derogado el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el que se prohibió constitucionalmente la pena de muerte.

patria en guerra extranjera; 2) parricidio; 3) homicidio con alevosía, premeditación y ventaja; 4) incendio; 5) plagio; 6) asalto en caminos; 7) piratería, y 8) los delitos graves del orden militar, deberían ser sancionadas, ni más ni menos que con la “pena de muerte”.<sup>22</sup>

#### 4. *La reserva de competencias penales para la federación*

Como una de las fórmulas constitucionales para delinear la política criminológica se encuentra la figura de la reserva de competencias penales para la federación para aquellos delitos que por su impacto social y los daños que representan no deberán ser conocidos por las entidades federativas.

Tal es el caso expreso del delito de secuestro, trata de personas y el de delincuencia organizada, según lo dispone el artículo 73, fracción XXI, además de todas las figuras delictivas que no siendo expresamente reservadas por la Constitución se refieren a materias que sí han sido reservadas por el Constituyente a la federación, como el robo de hidrocarburos, los relativos a apuestas y sorteos o el tráfico de elementos nucleares, todos ellos, referidos a las materias reservadas para la federación según el mismo artículo 73, en su fracción X.

<sup>22</sup> Tal artículo tenía originalmente la siguiente redacción:

“Artículo 22.— Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuesto o multas.

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

En otras ocasiones, la propia Constitución establece un régimen de distribución —y por consiguiente de reserva— de competencias no a través de sí misma, sino de leyes generales mediante las denominadas “materias concurrentes”, las que deben contar con las siguientes características: 1) deben estar reconocidas como tales por el Constituyente a través del texto constitucional; 2) el Constituyente que originariamente distribuye competencias entre la federación, las entidades federativas y los municipios dentro del texto constitucional, delega estas facultades al legislador federal para que las distribuya en el texto de una ley creada por él, denominada ley general, y 3) las facultades que para esto tiene el Congreso General están basadas en la voluntad de los Congresos estatales que, junto con aquél, constituyen al Constituyente, quien dispuso la existencia de este mecanismo.

En concreto, si el Congreso de la Unión cuenta con facultades para delimitar competencias y reservarse algunas para él mismo como en materia de narcóticos y de residuos peligrosos (que se encuentran reservadas por leyes generales y no por la Constitución federal), porque se lo mandatan de esta forma los Congresos estatales y él mismo, bien puede señalar obligaciones a cargo de las entidades federativas para que éstas, incluyendo al Distrito Federal, criminalicen ciertas figuras disonantes con la protección ambiental.

### *5. La posibilidad de competencias territoriales cruzadas*

Finalmente, la Constitución mexicana ha creado un régimen excepcional de competencias territoriales cruzadas en el que una autoridad local que originalmente debe conocer de delitos del fuero común está facultada para conocer y resolver delitos del orden federal y viceversa, autoridades federales que originalmente deben conocer de delitos federales podrán procesar y sentenciar delitos locales.

Según la fracción XXI del artículo 21 constitucional, “Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del

fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales” y, en caso de materias concurrentes previstas en la propia Constitución “las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales”, disposición que se reguló constitucionalmente pensando en una de las expresiones de la criminalidad organizada: el *narcomenudeo*.