

330
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"**

**LA NECESIDAD JURIDICA DE CONSIDERAR A LA
PANDILLA, COMO UN DELITO AUTONOMO Y SU
RELACION CON LA ASOCIACION DELICTUOSA.**

T E S I S

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

**P R E S E N T A :
FIDENCIO SANTIAGO MALDONADO.**

ASESOR: LIC. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ

0233412

MÉXICO

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Fidencio Santiago Rodríguez e
Imelda Maldonado Carbajal,
por haberme inculcado valores
y principios, que han sido
fundamentales para mi
formación.

A MI ESPOSA:

Yolanda Retiz Díaz.
Quien con su apoyo incondicional,
ha sabido impulsarme para seguir
adelante, siempre juntos.

A MIS HIJOS:

NAYELI y DANIEL SANTIAGO RETIZ,
Quienes han sido la más grande
fuente de inspiración, para
lograr mis metas.

A MI HERMANO:

JUAN EMMANUEL, que ha compartido
conmigo, momentos inolvidables.

A la Universidad Nacional Autónoma
de México, a la Escuela Nacional
de Estudios Profesionales 'Aragón'.

Por ser la cuna de hombres decididos
y capaces, para hacer de México, un
gran país.

A MIS MAESTROS:

Quienes con su gran experiencia,
supieron transmitir atinadamente
sus vastos conocimientos, los que
trataré de poner en práctica en la
forma más acertada posible.

A MI ASESORA DE TESIS:

Lic. María Graciela León López.
Por la paciencia, dedicación y
sabios consejos que hicieron
posible la culminación de este
trabajo, mi total gratitud.

AL LIC. JOSE LUIS BENITEZ LUGO.

Por todo el apoyo que me brindó y
por demostrar sin reservas su
calidad humana.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Fernín Osorio Velazco, Jaime Salvatella y Apolinar Velazco Mendoza. (IN MEMORIAM).

Como un modesto tributo a su memoria y a nuestra amistad.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Por los momentos que compartimos juntos en las aulas y por los que podemos compartir en el ejercicio de nuestra profesión.

LA NECESIDAD JURIDICA DE CONSIDERAR A LA
PANDILLA, COMO UN DELITO AUTONOMO Y SU
RELACION CON LA ASOCIACION DELICTUOSA.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION	I
------------------------	---

CAPITULO I

ESTUDIO DE LA PANDILLA

1.1. CONCEPTO DE PANDILLA	1
1.2. ANALISIS AL DECRETO DEL 2 DE ENERO DE 1968	7
1.3. REQUISITOS DE LA CALIFICATIVA DE PANDILLA, PREVISTOS EN EL ARTICULO 164 BIS DEL CODIGO PENAL	12
1.4. LA PANDILLA COMO CALIFICATIVA EN LA COMISION DE UN DELITO	15
1.5. PENALIDAD APLICABLE EN LA CALIFICATIVA DE PANDILLA	17
1.6. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR A LA PANDILLA COMO UN DELITO AUTONOMO	19

CAPITULO 2

ANALISIS DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA

2.1. CONCEPTO DE ASOCIACION DELICTUOSA	25
2.2. MUCHEDUMBRES DELINCUENTES	28
2.3. LA ASOCIACION DELICTUOSA EN OTRAS LEGISLACIONES	39
2.3.1. ESPAÑA	40
2.3.2. ARGENTINA	43
2.3.3. COLOMBIA	45
2.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL EN LA ASOCIACION DELICTUOSA	50

CAPITULO 3

DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA PANDILLA Y LA ASOCIACION DELICTUOSA

3.1.	PARTICIPACION Y CONCURSO	53
3.2.	BIEN JURIDICO TUTELADO EN LA PANDILLA Y LA ASOCIACION DELICTUOSA	57
3.3.	PROPORCIONALIDAD DE LA GRAVEDAD EN LA PANDILLA Y EN LA ASOCIACION DELICTUOSA	62
3.4.	APLICACION DE SANCIONES	68
3.5.	INDIVIDUALIZACION DE LA PENA	74

CAPITULO 4

EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN LA ASOCIACION DELICTUOSA Y LA PANDILLA

4.1.	LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO	80
4.2.	PARTICIPACION CIUDADANA	83
4.3.	LA COMISION DE DELITOS GRAVES EN ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLA	89
4.4.	LA EXACTA APLICACION DEL ARTICULO 268 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL	97

CONCLUSIONES .

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I O N

Como todos sabemos, actualmente a todo lo largo de nuestro territorio nacional, y con mayor énfasis en el Distrito Federal, existe un alto índice de delincuencia; lo que ha traído como consecuencia lógica, un reclamo de la comunidad por una mayor seguridad y justicia que garanticen con eficacia, la paz pública y aseguren la protección de la sociedad, previniendo la comisión de delito y defendiéndola de la violencia.

Debiendo destacar que actualmente, la mayoría de los delitos cometidos en grupo, ya sea por Pandilla o en Asociación Delictuosa, tienen como principal consecuencia, la lesión de bienes jurídicos tan trascendentales en el individuo, como son la vida, el patrimonio, la libertad, la salud, etcétera, por lo que es verdaderamente necesario poner un especial énfasis en la tutela de la paz colectiva, persiguiendo el fin primordial de fortalecer la conciencia de una verdadera seguridad general, que haga posible que todos los ciudadanos puedan desarrollar en paz y con seguridad, la plenitud de sus actividades y el ejercicio de sus derechos.

Efectivamente, de la misma forma como se han establecido varios operativos por parte de la Secretaría de Seguridad Pública del Departamento del Distrito Federal, en conjunto con algunas Asociaciones de Protección Civil, en diferentes partes de nuestro Territorio, de la misma manera es

necesario llevar a cabo una actualización legislativa dentro de nuestro Código Penal, tanto en forma preventiva como punitiva, para poder combatir debidamente a la Pandilla y dejar de tratarla como una calificativa en la comisión de un delito, ya que nuestra sociedad demanda soluciones inmediatas y efectivas; ya que el logro de la seguridad no se agota únicamente con la mayor penalización de conductas, sino que se requiere de un enfoque global del problema de la criminalidad, haciéndose necesaria una adecuación, que surge de una sociedad moderna y plural, con una considerable dinámica demográfica y un importante fenómeno de urbanización.

Por lo tanto, se plantea la necesidad de equiparar a la Pandilla como un delito autónomo, tal y como se encuentra contemplada actualmente la Asociación Delictuosa, ya que de una forma o de otra, ambas figuras de comisión del delito, son lesivas para la sociedad.

Por tal motivo, en el modesto trabajo que se desarrolla en estas líneas, se pretende hacer un planteamiento, no sólo para prevenir, sino también para combatir jurídicamente la creación y desarrollo de la Pandilla, misma que se ha venido dando como un fenómeno social contemporáneo, que actualmente tiene atemorizada a la ciudadanía en general.

A mayor abundamiento, cabe destacar que a partir del Decreto del dos de Enero de mil novecientos sesenta y ocho, fecha

en que se estableció en nuestra legislación penal, la calificativa de Pandilla, únicamente se ha realizado una sola reforma a dicho precepto, siendo ésta, la adición de un tercer párrafo, por medio del Decreto del tres de Enero de mil novecientos ochenta y nueve; y hasta la fecha no se ha vuelto a tocar esta problemática tan importante en nuestros días, lo que se traduce que ha quedado olvidado dicho renglón, por más de nueve años, motivo por el cual es necesario que se actualice dicho precepto (artículo 164 Bis del Código Penal), incorporando nuevos elementos al mismo, para poder considerarse como un delito autónomo.

Lo anterior debe traducirse en la necesidad que tiene la sociedad, de salvaguardar su seguridad, ya que, no es necesario que las personas sean agredidas física o moralmente o que sean lesionadas en su esfera jurídica, para que se vean vulneradas en su seguridad social como bien jurídico tutelado, sino que basta tan sólo, que un determinado grupo de personas se encuentren reunidas, aún en forma transitoria y únicamente con la finalidad de romper los esquemas establecidos por el trato social, para que de alguna forma, se vean alterados los lineamientos a seguir previamente establecidos por la ley; máxime si en determinados lugares se acostumbra formar Pandillas, haciéndose normal su proliferación y que además están compuestas por personas, que en su mayoría pueden ser jóvenes susceptibles de ser manejados y encaminados a realizar conductas delictivas.

C A P I T U L O 1

ESTUDIO DE LA PANDILLA

- 1.1. CONCEPTO DE PANDILLA.
- 1.2. ANALISIS AL DECRETO DEL 2 DE ENERO DE 1968.
- 1.3. REQUISITOS DE LA CALIFICATIVA DE PANDILLA, PREVISTOS EN EL ARTICULO 164 BIS DEL CODIGO PENAL.
- 1.4. LA PANDILLA COMO CALIFICATIVA EN LA COMISION DE UN DELITO.
- 1.5. PENALIDAD APLICABLE EN LA CALIFICATIVA DE PANDILLA.
- 1.6. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR A LA PANDILLA COMO UN DELITO AUTONOMO.

1.1. CONCEPTO DE PANDILLA.

Dentro de nuestra sociedad, podemos tener diversas acepciones del concepto de Pandilla, pero una de ellas, y que más acertada a la realidad se encuentra, es la que proporciona el maestro Raúl Carrancá y Trujillo; mencionando que "En su acepción estricta, una pandilla es la liga o unión de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse, por ejemplo en un día de campo. Pero en sentido lato es esa unión o liga para engañar a otros o para causarles algún daño. Su etimología es la misma que la de banda, de bando o partido, de bandería o parcialidad, vocablos que derivan del gótico banwa o del sajón ban, que significan liga, vínculo, alianza o lazo. La Pandilla es el lazo que une a varias personas para algo; concretamente, para algo en daño de alguien". ¹

Por otra parte, puede considerarse también a la Pandilla, como una derivación de banda, para hacer trampas o fullerías en confabulación para engañar a otros. ²

¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano", Parte General, 12a. Edición, Edit. Porrúa. México, 1977. pág. 607.

² GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO. Selecciones del Reader's Digest. Tomo IX, 1979, pág. 2813.

Como es de observarse, también puede estimarse la posibilidad de que la Pandilla se trata más que nada de una derivación de "La Banda", la que en otros tiempos y aún en nuestros días puede considerarse como una forma debidamente organizada para delinquir y en defecto de ésta, surge la "Bandilla" o banda pequeña, por lo que se le ha dado en llamarle Pandilla.

Por otra parte, es importante tomar en consideración, que actualmente la Pandilla debe considerarse también como una forma de delincuencia, ya sea, organizada o casual, independientemente de la forma que adopten sus integrantes para cometer conductas ilícitas contempladas por nuestra legislación penal como delitos.

Tal es el caso de los constantes disturbios que actualmente vive nuestra ciudad, sobre todo en el llamado "Centro Histórico" y que son ocasionados por vendedores ambulantes, trabajadores, estudiantes, etc., que justificados en marchas o mitines, se aprovechan para cometer algún tipo de delitos; que aunque no estaban organizados para delinquir, en ese momento realizaron en común, una conducta delictiva, la cual fue ocasional o transitoria, de igual forma sucede después de algún evento deportivo, que gane o pierda un equipo determinado o el deportista favorito, siempre existe un pretexto para manifestarse

de diversas formas y en muchas de ellas, en forma violenta y delictiva.

Tal es el caso de nuestra vida social actual, en la que necesitamos un cambio radical en el tratamiento de nuestras conductas colectivas, ya que, si seguimos permitiendo que los delincuentes se sigan organizando para poder delinquir como hasta ahora lo han venido haciendo, vamos a seguir fomentando la formación no sólo de Asociaciones Delictuosas, sino de poderosas Mafias a nivel Internacional, las cuales se seguirán integrando, sin que nos podamos percatar de ello.

Y remontándonos un poco en el tiempo, hasta antes del año de 1968, no se consideraba, ni siquiera como calificativa de un delito, a la Pandilla, y sin embargo era una forma de agruparse, para cometer delitos en común, siendo sobre todo predominante la formación de las pandillas en los barrios bajos o en los lugares en donde predomina la pobreza, así como la escasez de cultura y educación; circunstancias que desafortunadamente, no han cambiado en nada en nuestros tiempos. De lo anterior podemos deducir, que la pandilla, aún cuando no podemos considerarla también, como una forma de delincuencia organizada, sí podemos establecer que se trata de una derivación de la "Banda", tal es el caso que actualmente se ha dado en denominar coloquialmente a estos grupos, así como a sus integrantes, como chavos banda.

Así pues, en México, con el incremento poblacional de las grandes ciudades, hacen su aparición diversos tipos de comportamiento juvenil, muy relacionados con el proceso industrial y de crecimiento económico, el cual generaba movimientos que rompían con lo cotidiano y lo moralmente impuesto, por lo que se hizo necesario estudiarlos bajo el marco normativo de las ciencias sociales.

Hacia mediados de los años cuarentas, se realizaron en nuestro país, diversos estudios sobre la delincuencia juvenil, cuyos resultados destacaban que la "Delincuencia infantil", en efecto, se produce en su gran mayoría entre los hijos que pertenecen a hogares disueltos o mal organizados para la educación.³

Dichos estudios, más que explicar conceptualmente los problemas, se limitaron a hacer aproximaciones estadísticas, enumerando las posibles causas de las conductas desviadas existentes entre los jóvenes mexicanos.

Por ejemplo, Ceniceros y Garrido, analizaron aproximadamente a unos tres mil jóvenes que habían incurrido en diversos delitos y advirtieron que un diez por ciento vivía en la

³ LAVALLE URBINA, Mario. "La Delincuencia Infantil", Ediciones Jurídico-Políticas, México, 1948, pág. 200.

vagancia, treinta y dos por ciento eran huérfanos de padre; once por ciento, de madre; y el resto, eran hijos ilegítimos.

Francisco Gomezjara realizó una de las primeras aproximaciones sociológicas sobre el desarrollo de las bandas juveniles en la ciudad de México; en la investigación utilizó términos propios de la sociología urbana. Considera que la aparición de las bandas, sigue un patrón de oleadas periódicas con características propias, identificables y diferenciables.

Para Gomezjara, la primera oleada comprendía desde los años de 1952 a 1960, periodo en que las pandillas o bandas juveniles se caracterizaron por ser precisamente pandillas sedentarias dentro de sus barrios y calles; con la peculiar distinción de provocar enfrentamientos entre pandillas rivales por el sólo afán de apoderarse o defender un territorio determinado, por medio de la violencia y con resultados fatales; independientemente de agruparse para la comisión de otro tipo de delitos.

Pero todavía conforman el prototipo de lo que el sistema considera, buen mexicano pobre; paciente, consumidor, opresivo que ha interiorizado los patrones represivos sin protestar políticamente, aceptando su destino, aunque agrediendo a sí mismos y a su entorno más cercano; pasan el tiempo en los jardines, calles y esquinas aledañas a sus

domicilios; juegan fútbol en su cuadra, pero no se llevan con los jóvenes de la siguiente; comen, duermen en sus casas; y puede decirse que realizan su actividad delictiva, en un territorio determinado. ⁴

Estos grupos juveniles fueron producto directo del incremento de la población en la ciudad de México y además de ser fieles y asiduos espectadores de programas televisivos, se agredían entre ellos mismos, violaban mujeres, consumían grandes cantidades de cerveza, gustaban de las canciones mexicanas y se integraban en su gran mayoría por hombres.

Luis Rodríguez Manzanera, en su compilación sobre delincuencia juvenil en México, señala: que en 1956 se inició una oleada de violencia juvenil que culminó en 1960, año que arrojó un saldo criminógeno de 925 detenidos por las infracciones de riña y escándalo, en un enorme contraste con los 498 detenidos de 1959.

El precitado autor comenta: El nuevo tipo de violencia juvenil era muy diferente al hasta ahora conocido, en primer lugar, por el uso de determinado tipo de armas (y no a mano limpia como arreglaban hasta entonces sus asuntos los jóvenes) y

⁴ GOMEZJARA, Francisco. "Una Aproximación Sociológica a los Movimientos Juveniles y el Pandillerismo", Revista de Estudios sobre la Juventud, CREA, año 3, núm. 8, México, Julio 1983.

en segundo lugar, por la forma de usarlas (cadenas, cuchillos, porras, etc.), que no era ya el cuchillo de la riña común, sino armas más para lesionar o matar que simplemente para espantar o amedrentar a sus rivales o víctimas. En tercer lugar, por la causa, que en muchos casos ni siquiera existía o era totalmente banal; ya que algunos argumentaban que era por "puro gusto", otros intervenían en riñas en las que no tenían nada que ver; otra distinción importante en que se pelean en ventaja numérica, lo que para el código no escrito del "macho mexicano" es una violación, ya que lo anterior, se traduce en ser montonero (pelear varios contra uno) siendo una negación del propio valor y hombría. ⁵

1.2. ANALISIS AL DECRETO DEL 2 DE ENERO DE 1968.

Fueron varios los motivos por los cuales se consideró la necesidad de adicionar a nuestra legislación penal, el artículo 164 Bis, dentro del cual se contempla, la hasta entonces novedosa calificativa de Pandilla, motivos que fueron debidamente planteados por los legisladores en el debate correspondiente, mismo que se efectuó con fecha veintisiete de Diciembre de mil novecientos sesenta y siete; el cual puede considerarse como una real respuesta al constante clamor de la ciudadanía, por los

⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. "La Delincuencia de Menores en México", Edit. Botas, México, 1971, pág. 217.

perfiles que en ese tiempo estaba dando la rebeldía de la juventud, así como a la preocupación del Ejecutivo Federal, de encaminar correctamente a la juventud, a ser apasionadamente positiva, para convertirse en digna depositaria de la historia y de los más altos valores morales y culturales.

Siendo verdaderamente sorprendente, que el enfoque determinante que realizaron los legisladores en el debate analizado, nos dé como resultado, que los formadores, organizadores y miembros de las pandillas, sean únicamente jóvenes y en muchas de las veces, niños ¿Cuáles son las causas que provocan el desasosiego, la inquietud, la actitud antisocial de pequeños grupos juveniles que realizan estas agrupaciones con el ánimo de rebelarse o de ir en contra de los esquemas establecidos en la sociedad?, resultando alarmante que todos hayan coincidido, que sea debido a una mala educación, a una defectuosa educación, la cual tiene una repercusión contundente en la vida social, ya que la educación conlleva implícita una tabla de valores éticos y supone también, la creación de hábitos y virtudes.

Y ya desde entonces, se cuestionó -aunque muy superficialmente-, la influencia tan marcada que tienen en la niñez y en la juventud, los medios de comunicación, en forma muy particular la televisión; así como los adelantos tecnológicos de audio y video, los cuales han sido manejados desde sus inicios en

una forma indiscriminada y fuera de control, tanto moral como jurídico, ya que, desde su aparición y en forma más acentuada en nuestros días, son los medios que de una manera directa, fomentan la violencia y la crueldad, sobre todo en la comisión de delitos considerados como graves, originados desde luego, por una pésima vigilancia y una atención negligente por parte de los padres; teniendo como consecuencia, que los niños y jóvenes de hoy, tengan una mejor alimentación subliminal que dietética, misma que están propensos a exteriorizar en cualquier momento y que se desarrolla en combinación de una mala educación económica precaria, por lo tanto, nos dá como resultado, un individuo susceptible de ser encaminado a expresar todas esas características, y que aún cuando tenga una excelente instrucción obtenida en las aulas, carece de educación respetuosa de la moral y las instituciones.

Por otra parte, llámense Teddy Boys en norteamérica, Beatniks en Gran Bretaña, Blossons Norrs en Francia, Gamberros en España o Patoteros en la Argentina; importan tan sólo una diferencia de rostros de una subcultura juvenil que, más allá de las pluralidades regionales, arraiga en la percepción -real o ficticia-, de lo injusto, y que haya consistencia en el uso de vías no convencionales -y generalmente ilegales-, para dar satisfacción a los apetitos y estremecer el pensamiento adulto, ciertamente conformista y conservador.

Independientemente de lo anterior, debemos tomar en consideración, que no todos los jóvenes y niños pueden llegar a tener la misma tendencia o inclinación delictiva, ya que existen bastantes agrupaciones juveniles con carácter verdaderamente social, deportivo y cultural. ⁶

Por otra parte, Don C. Gibbons realiza una clasificación que representa diversas modalidades de delincuencia pandilleril -sobre todo en la clase obrera-, para lo cual, menciona que tanto Cloward y Ohlin, han propuesto una teoría etiológica al respecto, señalando que su enfoque se centra en las variantes de "canales ilícitos de oportunidad", que obran como factor críticos para determinar el patrón de comportamiento en los arrabales. Según estos autores, los ladronzuelos surgen de aquellas barriadas, donde hay una integración previa de patrones sociológicos delictivos, clasificando al pandillero, como: ladrón, pendenciero y casual, indicando así; que además de estas clasificaciones, existen otras más, no obstante, éstos son los que más sobresalen por ser un común denominador en la vida social de nuestros tiempos y que se caracterizan porque en el primero, su principal objetivo es el atentar contra la propiedad ajena, siempre amparado por la colectividad en la comisión del delito, pero en todos, el común denominador, es la imagen que tienen de sí mismos, de sentirse delincuentes, enorgulleciéndose de su fama

⁶ GONZALEZ DEL SOLAR, José H. "Delincuencia y Derecho de Menores", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 68.

de rebeldes; en todos los casos provienen de las clases obreras de sectores urbanos, han vivido en barrios contaminados, donde pulula el mal ejemplo de los criminales adultos, respecto de los cuales o los toman como ejemplo o los odian y les guardan recelo.⁷

En síntesis, podemos dejar de manifiesto, que las disposiciones establecidas en el actual artículo 164 Bis del Código Penal vigente, fueron implementadas en un acertado clamor social para combatir a la delincuencia juvenil y a una respuesta lógica y jurídica por parte del legislador, a efecto de combatir a una figura delictiva que no se había previsto en nuestra legislación, hasta el citado decreto del 2 de Enero de 1968.

Siendo también, de relevante importancia el mencionar la trascendente adición realizada al precitado ordenamiento legal, por medio del decreto del 3 de Enero de 1989, mediante el cual se incrementa la penalidad con un mejor criterio técnico, ya que, en un tercer párrafo, se establece el incremento de la misma cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido miembro de alguna corporación policiaca, con el objeto de controlar las conductas de quienes están obligados a servir a la comunidad.

⁷ DON C., Gibbons. "Delinquentes Juveniles y Criminales", Fondo de Cultura Económica, México, 1969, págs. 109 y 110.

1.3. REQUISITOS DE LA CALIFICATIVA DE PANDILLA, PREVISTOS
EN EL ARTICULO 164 BIS DEL CODIGO PENAL.

El precepto legal que en este punto estudiamos, nos señala claramente en su segundo párrafo:

Artículo 164 BIS.- . . .

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

En primer término, es necesario que exista una reunión, desprendiéndose que la misma puede ser habitual, esto es, que se realiza con continuación, frecuencia o por hábito; ocasional, que puede presentarse por una ocasión determinada o que en su caso, pueda darse en forma accidental; o transitoria, que de alguna manera puede ser fugaz e inclusive sin previo acuerdo.

Lo que nos conduce a determinar que dicha reunión, no debe ser concebida necesariamente en una forma previa, sino que la misma puede darse en forma espontánea, independientemente del motivo o fin, que haya originado la reunión.

Otro requisito que establece dicho precepto, es que dicha reunión sea de tres o más personas, para que pueda darse la

calificativa de pandilla, ya que en caso de que fuera un solo sujeto o dos, quienes participaran en la comisión de un delito, se estaría en presencia de algún otro supuesto que nos marca el artículo 13 del Código Penal.

Ahora bien, uno de los requisitos más relevantes contenidos en el artículo 164 BIS, es sin duda el que se contiene al citar: "...que sin estar organizados con fines delictuosos..." lo cual, de forma contundente determina la propia naturaleza de dicha calificativa y que la distingue de la Asociación Delictuosa, ya que al reunirse un determinado número de personas, las que no podrán ser menos de tres, no puede existir un acuerdo previo para llevar a cabo la comisión de un delito -lo que podría indicar que estarían debidamente organizadas para tal fin-, pero sin embargo, en forma espontánea pueden llegar a cometerlo, debido a la iniciativa u hostigamiento de alguno de ellos o simplemente a la emulación de la conducta de cualquiera de los mismos.

Por último, no es suficiente que se dé una reunión, como ya dijimos anteriormente, habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas y que aún cuando no estén organizadas con fines delictuosos, es requisito indispensable también, que se cometa en común algún delito; ya que todo lo anterior no sería suficiente para poder integrar la calificativa que nos ocupa, en virtud de que la comisión en común de algún delito se convierte

en un presupuesto indispensable para que pueda generarse la aplicación de la penalidad prevista en el ordenamiento legal que estudiamos.

Siendo precisamente necesario, prever la creación y desarrollo de las pandillas, debiendo legislar sobre el particular problema de su proliferación, ya que de seguir permitiendo este tipo de agrupaciones, se está permitiendo también que sigan realizando actos desagradables, violentos y tendenciosos a la criminalidad toda vez que actualmente no se sanciona a la pandilla por la sola razón de existir ésta, como es en el caso de la Asociación Delictuosa, sino que, como ya se analizó se sanciona únicamente hasta que la pandilla haya cometido un delito.

Siendo precisamente, el punto de partida de la propuesta del presente trabajo, el elemento necesario dentro del actual artículo 164 Bis de nuestro Código Penal, que sería establecer una sanción a la pandilla, por el sólo hecho de su existencia, independientemente de los delitos que cometa, sanción que ya se encuentra previamente establecido en el citado precepto legal.

1.4. LA PANDILLA COMO CALIFICATIVA EN LA COMISION DE UN DELITO.

Tal y como se ha dejado anotado en líneas anteriores, al referirnos a la pandilla, nos estamos enfocando a la realización de conductas delictivas, amparadas en una determinada colectividad, en la cual se trata de ocultar la participación real que se tenga en cuanto al resultado obtenido; pero independientemente de lo anterior, debe estimarse, que existe una conciencia real de la participación que se tenga, desde el momento mismo de aceptar reunirse en un grupo; precisando en este momento, que en la práctica real, citadina, ese tipo de reuniones son habituales y en ocasiones muy remotas pueden llegar a ser ocasionales o transitorias. Más sin embargo, actualmente el artículo 164 Bis del Código Penal, establece únicamente a "La Pandilla" como una forma de agravar la pena impuesta por el o los delitos que pudieran cometerse.

Siendo precisamente de importante relevancia, destacar que actualmente podemos apreciar la existencia de diferentes formas de delincuencia colectiva y que se les denomina de diversas maneras, empezando precisamente por "La Pandilla", la Asociación Delictuosa" y más recientemente -inclusive- se ha creado una ley especial para combatir la Delincuencia Organizada.

Sin embargo, actualmente sólo se le ha seguido dando a "La Pandilla", un tratamiento de CALIFICATIVA en la comisión de un delito, lo que presupone, que de no acreditarse en la investigación de los hechos, que los autores eran pandillistas o pandilleros, a éstos, se les aplicaría únicamente la penalidad del delito cometido, a pesar de que existiera una pluralidad de sujetos con las características propias exigidas por la ley; y en el mejor de los casos, se les impondría la pena prevista en el primer párrafo del precitado artículo 164 Bis.

Más sin embargo, es prudente reflexionar en la necesidad de situar a la pandilla dentro de un marco jurídico autónomo, ya que, como el propio maestro Francisco González de la Vega, cita a esta figura, como el tipo o calificativa; desprendiéndose de lo anterior, que al citar a una figura delictiva como tipo, estamos hablando de un delito concreto, más no de una simple calificativa.

En este sentido, podemos establecer que también en la pandilla, desde el momento de reunirse; sin importar con qué frecuencia, se tiene el ánimo de delinquir, aceptando de antemano la realización de un determinado tipo de conducta, que puede llegar a ser delictuosa, puesto que podemos establecer debidamente, que el formar una pandilla, no es con el ánimo de realizar únicamente eventos sociales o culturales, puesto que de antemano, quienes forman parte de una agrupación de esa

naturaleza, tienen el ánimo de contravenir las normas jurídicas previamente establecidas.

1.5. PENALIDAD APLICABLE EN LA CALIFICATIVA DE PANDILLA.

Como ha quedado debidamente establecido, basta con la simple reunión o congregación de tres o más personas, independientemente de que dicha reunión sea ocasional o transitoria y no solamente debiera ser habitual, lo que nos ilustra concretamente, que lo que importa para llenar el tipo o calificativa, -considerada así actualmente-, es que el número de los integrantes de la pandilla ha de ser de tres o más, dato objetivo éste que nada alude al elemento moral de la incriminación, o sea, al dolo. Este es simple y consiste en la conciencia y en la voluntad de formar parte de la reunión. ⁸

Por otra parte, el artículo 164 Bis, fija a los pandillistas o pandilleros -como coloquialmente son conocidos-, una penalidad acumulada por los delitos que cometa la pandilla; la que en sus inicios se contemplaba en una sanción de seis meses a tres años de prisión. O sea, que por los delitos cometidos por la pandilla, ya sea que fueren consumados, ya que quedaren en el grado de tentativa, el pandillista participa como autor

⁸ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Código Penal Comentado", Edit. Porrúa, México, 1992, pág. 267.

intelectual, o inspirador o como ejecutor material o como cómplice o como encubridor, conforme al artículo 13 del Código Penal, rigiéndose su participación a los efectos de la pena concreta aplicable por las reglas contenidas en diverso articulado del ordenamiento punitivo.

Pero con independencia de esa pena, y que se aplicaba de seis meses a tres años de prisión acumulativamente, también la Asociación Delictuosa sirve de antecedente a esta penalidad acumulada (artículos 51, 52, 63 del Código Penal).

La primera parte del precitado artículo 164 Bis, se modificó esencialmente respecto de la sanción privativa de libertad, para que en lugar de penalizar la agravante que era de seis meses a tres años de prisión, quedó aumentada hasta en una mitad más de las penas que le correspondiera por el o los delitos cometidos.

Por otra parte, el tercer párrafo de dicho precepto, agrava aún más la pena cuando se trata de que un miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público que prestare o hubiera prestado sus servicios en una corporación de seguridad pública, dado a la alta peligrosidad que en ello conlleva, además de la destitución e inhabilitación del cargo, empleo o comisión, de uno a cinco años para desempeñar otro. °

° Idem. pág. 268.

1.6. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR A LA PANDILLA COMO UN DELITO AUTONOMO.

De lo anterior, podemos establecer que estamos en estudio de una figura delictiva que por sí misma representa un gran compromiso y una enorme responsabilidad, tanto para las autoridades, como para la ciudadanía en general, ya que es necesario tomar en cuenta la prevención del delito más no la imposición de penas más graves en la comisión de delitos, situación que se ha visto reflejada en la impartición de justicia, misma que no ha sido suficiente para la erradicación de la delincuencia y la proliferación de la delincuencia organizada, ya que, en cierta medida, debemos tomar en cuenta que la pandilla es una forma de la misma.

Dicha posibilidad deriva en que en el Derecho Penal, no es importante solamente la lesión, sino también el peligro que pueden correr los bienes jurídicos tutelados; tomando en consideración que peligro es la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial.¹⁰

Por consiguiente, el concepto de peligro procede de los criterios lógicos de la posibilidad y que se puede analizar

¹⁰ MEZGER, Edmund. "Derecho Penal Parte General", Trad. Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Judiciales de Córdoba. Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, pág. 127.

perfectamente el concepto de referencia, en tanto consideramos aisladamente una parte de las condiciones de las que depende el resultado efectivo que es conocida y fundamenta el juicio y mientras se juzga el grupo de las condiciones conocidas y ciertas, frente a las que no lo son; comienza la apreciación de la posibilidad de aquello que calificamos como posible.

Por lo tanto, debemos calificar y considerar a la posibilidad como sinónimo de potencialidad, de disposición de una situación en factores que necesitan solamente el agregado de ciertas condiciones parciales para realizar lo posible.

El juicio se conecta con la experiencia general de la vida y el peligro es, por consiguiente; la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado sólo el agregado de otras condiciones parciales frecuentes para producir la lesión o infracción.

En esta hipótesis, podemos dejar establecido que de esta situación, se deduce la probabilidad del resultado perjudicial.

De tal manera que, cuando se juzga la existencia de un peligro, se dá un juicio cognitivo sobre la base de la experiencia general y del conocimiento objetivo de las leyes que

regulan los acontecimientos con referencia a una lesión inmediata de un bien jurídico protegido por la ley misma.

En consecuencia, no hay duda alguna de que éste, contiene un momento subjetivo por cuanto al hecho de que al apreciar el peligro, podemos utilizar tan sólo una parte de las condiciones que conducen a la imposibilidad de una decisión segura.

En tal sentido, el concepto de peligro adquiere una importancia práctica, especialmente en las medidas de seguridad que deben adoptarse en el momento y lugares precisos y que serán aquéllas que estén dirigidas a proteger la integridad pública en una forma total, frente a personas que constituyen un peligro eminente para la sociedad, sin que a esta última deba preocuparle en un sentido estricto, la denominación que pueda dárseles a quienes atenten contra su propia seguridad, ya que lo que realmente le preocupa a la sociedad, es que no se vean alterados sus bienes jurídicos; siendo también relevante, poder combatir la impunidad.

De todo lo anterior es importante destacar, que no se pretende establecer un prototipo legislativo o una reforma al actual artículo 164 Bis que contempla a la pandilla como una calificativa, sino establecer la posibilidad jurídica de tratar a dicha figura, como un delito autónomo; ya que de todo lo

analizado anteriormente, puede establecerse fundadamente que, al existir una reunión de tres o más personas, reunión misma que como ya se dejó establecido no debe solamente ser habitual, sino que puede ser transitoria, los sujetos que llevan a cabo dicha reunión, desde ese mismo momento están aceptando el resultado típico que pueda llegar a tener como el fin de esa reunión y que a saber, la misma en el mayor de los casos es delictiva. Tomando en consideración que efectivamente, no han de estar organizados para delinquir, pero pueden realizar una conducta delictiva, con motivo de la reunión, siendo trascendental el combatir precisamente ese tipo de reuniones.

Como de vital importancia resulta también, el grado de riesgo que representa para la sociedad, el pasar por desapercibido el fenómeno del pandillismo en México; ya que si únicamente seguirá siendo motivo de tratamiento agravante en la comisión de delitos; esto puede significar que la delincuencia, en una forma más sofisticada de llevar a cabo los delitos, se cuiden de que no se configure en el caso concreto la calificativa de "Pandilla".

O acaso, son insuficientes los constantes delitos que se cometen en nuestra ciudad, de los cuales posiblemente ya hemos llegado a ser víctimas?

Simplemente, es verdaderamente molesto, constituyendo un alto grado de impotencia, el tener que evitar circular por una determinada calle o colonia, barrio, etcétera, por el sólo hecho de que se encuentra atemorizado ese lugar, por la presencia de tal o cual pandilla, misma que desgraciadamente disfruta de toda la impunidad que actualmente se ha omitido combatir en nuestra legislación penal.

Lo anterior nos permite establecer, que si en la Asociación Delictuosa se penaliza únicamente la reunión de tres o más personas que se encuentran organizadas con el ánimo de delinquir y que además se toman en consideración la jerarquización de los sujetos que la constituyen, es también evidente que en la Pandilla, pueda ser posible la penalización de la reunión, que en el mayor de los casos, si no es que en todos, es con un ánimo delictivo, sin que fuera necesario entrar en mayores detalles de establecer una jerarquía entre sus componentes.

De ahí entonces, que se contempla la necesidad jurídica de tipificar a la pandilla como un delito autónomo, tomando en consideración precisamente, la posibilidad inmediata de algún resultado perjudicial que puede llegar a representar en primer plano, como un peligro a la sociedad, en caso de que no se consume algún delito con un daño material; y más aún, la lesión

que puede sufrir la sociedad misma, en los casos en que se ejecutare algún delito.

Por lo tanto, y considerando a la autonomía, de la pandilla como delito, entendiéndolo por este último, desde el punto de vista legal, como lo señala Raúl Carrancá y Trujillo: "En cuanto al delito legal, es toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político o que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública o la legislación particular del país".

Es por estas razones que se considera que la pandilla se ajusta a la necesidad de tener vida jurídica propia y en forma autónoma, o sea, sin depender de la existencia o comisión de un delito diverso para que se aplique la sanción correspondiente como una calificativa, sino que debe merecer una sanción por el hecho mismo de su existencia.

CAPITULO 2

ANALISIS DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA

- 2.1. CONCEPTO DE ASOCIACION DELICTUOSA.
- 2.2. MUCHEDUMBRES DELINCUENTES.
- 2.3. LA ASOCIACION DELICTUOSA EN OTRAS LEGISLACIONES.
 - 2.3.1. ESPAÑA.
 - 2.3.2. ARGENTINA.
 - 2.3.3. COLOMBIA.
- 2.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL EN LA ASOCIACION DELICTUOSA.

2.1. CONCEPTO DE ASOCIACION DELICTUOSA.

Desde el punto de vista etimológico, ya se tocó anteriormente la palabra banda, misma que proviene del gótico banwa la que hace referencia a una porción de individuos armados o a la parcialidad de gente que favorece y sigue el partido de uno en particular, lo que no ofrece en este momento las dificultades que acarrea su mención, calificando otros delitos, lo que se tocará en su oportunidad.

Por supuesto, inicialmente debemos entender que la Asociación, es el acuerdo de varias personas para dedicarse a una determinada actividad, pudiendo ser ésta, una actividad cultural, social, mercantil, etc.

Por otra parte, diferentes autores, así como la propia jurisprudencia, han requerido en la Asociación (Delictuosa), no sólo ese acuerdo de voluntades, sino además, un número mínimo de participantes, que en el caso que nos ocupa, deberá ser de tres o más y una determinada permanencia, que es algo más que una

simple concurrencia de voluntades transitoria, que en su caso, caracteriza a la participación.¹¹

En cuanto al delito estrictamente hablando, el mismo es considerado en los diferentes códigos que lo contemplan, como atentatorio de la tranquilidad y del orden públicos, encontrándose en las denominadas Asociaciones Ilícitas (Argentina), su inmediato Antecedente.

Su importancia salta a la vista, por cuanto la simple asociación para delinquir, crea una situación cierta de grave peligro para la sociedad, con absoluta independencia de la consumación de delitos concretos, pues al hecho mismo de la asociación se suma un grado de organización que tiende a violar la ley penal aumentando así la peligrosidad. De ahí que la lege ferenda se eleve a la categoría de delito autónomo, un acto que por su simple naturaleza es meramente preparatorio para la comisión de una infracción concreta.

De lo anterior, se desprende que se trata de un delito de mera conducta (formal) y de peligro, el cual se consume con el sólo hecho de tomar participación en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir.

¹¹ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal Parte Especial", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 720-721.

Como afirma Fontán Balestra "se es autor del delito de Asociación Ilícita, por el sólo hecho de ser miembro de la Asociación"; pero esta autoría no se extiende a los delitos cometidos por la banda, en los que, para cada caso concreto, deberá determinarse la responsabilidad de acuerdo a los principios generales de ésta.

En consecuencia, la Asociación Delictuosa se considera una figura autónoma, por merecer punibilidad con absoluta independencia de los delitos concretos que los asociados o miembros de la banda puedan cometer.¹²

Entonces pues, de lo anterior se desprende que el delito de Asociación Delictuosa, se perfecciona en el mismo instante en que tres o más personas se organizan permanentemente para delinquir, destacando que dicha organización surge de un hecho que se manifiesta, no en un simple acuerdo, sino en una inequívoca dirección de las voluntades de sus componentes para cometer delitos previamente planeados bajo una estructura y dirección.

Siendo significativo establecer entonces, que la Asociación Delictuosa subsistirá, mientras se mantengan activos, tres o más de sus miembros, aunque alguno o varios hayan sido

¹² FAVON VASCONCELOS, Francisco y Gilberto Vargas López. "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1981, pág. 112.

sustituídos por otros, ya sea por muerte, retiro o voluntad contraria de alguno de ellos, sin perjuicio de que al darse alguna de dichas circunstancias, la responsabilidad penal subsista y pueda exigirse, en tanto no se extinga respecto de aquél o aquéllos el transcurso del tiempo requerido para la prescripción de la acción penal en torno a su persona, habida cuenta de que la prescripción es de naturaleza personal.¹³

2.2. MUCHEDUMBRES DELINCUENTES.

Habiendo comentado en forma precisa las formas de organización y reunión, tanto en la Pandilla como en la Asociación Delictuosa y tomando en cuenta que de ésta última se desprende la característica de su reflexiva organización para ciertos fines delictuosos, es importante mencionar que las muchedumbres o multitudes delincuentes, actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en éstas, los individuos participan dejándose arrastrar impulsados por un todo inorgánico y tumultuario del que forman parte; he ahí que los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los malos o perversos o antisociales, realizándose una transformación que jamás podría existir, si el individuo se encontrara apartado de la multitud.

¹³ FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. págs. 627-628.

En estos casos, se produce un proceso de sugestión de persona a persona, por el que la idea de lo ilícito termina por imponerse; de aquí que los partícipes, según Sighele, ya que han sido inducidos a cometer el delito en circunstancias excepcionales, deban ser estimados como menos temibles que el delincuente aislado o asociado. ¹⁴

Pero no todos aceptan esta posición doctrinaria, por establecer que debe entenderse la diferencia entre conductores y conducidos, instigadores o incitadores, y débiles que se dejan manejar. Por consiguiente, no siempre deberá corresponder a todos una misma penalidad, según la temibilidad individual revelada.

Para don Mariano Jiménez Huerta, encuentra un fondo de inferioridad en la psicología de las masas, indicando que actúan por tendencias y simpatías más que por lógica y análisis, con predominio de la vida efectiva sobre el razonamiento, de ahí que es de donde se deriva su impulsividad y simplismo psicológico dando una tendencia a lo malo y cruel, ya que predomina lo mecánico e intuitivo sobre las funciones mentales, de donde resulta que las masas no saben nunca exactamente que es lo que quieren, pero desgraciadamente sí saben que es lo que odian, de donde resulta entonces que el poder y la capacidad constructiva de las masas, son totalmente nulos.

¹⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. pág. 610.

A la acción violenta de las masas, se incorporan por lo general, los delincuentes profesionales y habituales, que por poseer un super yo criminal, encuentran el terreno propio y deseado para dar cauce a sus instintos delictivos, haciendo aparecer racionalizando su conducta, como hechos políticos o inconformidades mal intencionadas, lo que no es otra cosa, que la satisfacción íntima de sus sentimientos antisociales.

De tal suerte que es importante destacar, que hay una forma de participación en que sin duda, existen factores que diversifican el delito y la responsabilidad y es por ello, muy digno de tomarse en cuenta, ya que es aquélla en que concurre una muchudumbre de sujetos, sin previo concierto criminal, aunque posiblemente con un fondo común de sentimientos, ideas y aún a veces, de pasiones que cada individuo ha sabido y podido sujetar y mantener aparentemente dentro de la disciplina social, pero que exaltan y se creen más justificados en la acción ante las actitudes unánimes de la masa y ante el anonimato que ofrecen las circunstancias, tomando los hechos, como una especie de tercero a quien se podría fácilmente inculpar (el grupo), y no como propios, aún en los casos en que exista participación directa o indirecta. "Basta en estas condiciones, tan sólo una provocación, una excitación y el mínimo de movimientos comunes sin un acuerdo previo, para que cada sujeto se sume a las metas del conglomerado, y ejecute actos que aisladamente no habría realizado jamás y de cuyo recuerdo se sorprenderá y quizá se

avergonzará, cuando en su momento oportuno recupere la ponderación y la capacidad de análisis y reflexión".¹⁵

Los crímenes de las masas pueden considerarse como: crímenes "estándar", caracterizados por su simplicidad y sencilla comisión, son siempre ofensas a los sentimientos de piedad y probidad, haciéndolos consistir en homicidios, saqueos y robos domiciliarios; mismos que pueden ser producidos por lo general, en forma aislada y muy remotamente en serie.¹⁶

La amplia y certera fórmula del artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal, permite adoptar afortunadamente, apropiadas soluciones en armonía con el arbitrio judicial, reconocido por el artículo 51 de dicho Código, ya que es posible tener en cuenta las condiciones especiales en que se encontraba el sujeto en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse; el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de todas y cada una de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso concreto.

Por estos medios, podrá el Tribunal, individualizar debidamente la sanción, misma que analizaremos en su oportunidad,

¹⁵ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", Parte General, 5a. Edición, Edit. Porrúa, México, 1990, pág. 496.

¹⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. pág. 611.

y que en su caso, corresponda a los coautores que formaron parte de una muchedumbre delincuente, según la temibilidad probada en cada caso concreto y en particular.

Por otra parte, es preciso indicar que las muchedumbres delincuentes, no integran en realidad una especial forma de codelinquencia, ni se encuentran tipificadas penalmente como delito autónomo alguno por encontrarse ausentes los elementos propios y esenciales de esta figura, pudiéndose considerar simplemente, circunstancial.

Diversos tratadistas parten del análisis y examen de la muchedumbre delincuente, estudiándola como un fenómeno social y con características predominantemente psicológicas.

Podemos hacer hincapié, que también pueden llegar a existir muchedumbres pacíficas y que en algún momento, cada uno de nosotros hemos llegado a formar parte de alguna; pero también existen otras, llamadas excitadas, pudiéndose clasificar en orgiásticas y turbulentas.

Las muchedumbres orgiásticas se caracterizan por un frenesí que se apodera de sus componentes del grupo, sin proyectarse a algún objetivo: son típicos ejemplos los grupos religiosos atacados de una manía danzante, así como algunas celebraciones nocturnas.

Por otra parte, las muchedumbres turbulentas, son las que suelen precipitarse a la comisión de hechos delictuosos; en nuestro país, el maestro Luis Recasens Siches, en su obra sociológica, describe y examina las características fundamentales de este tipo multitudinario, entre las que destacan las siguientes:

a).- Actúan, no en virtud de ideas, sino al impulso de sentimientos elementales, simplistas y primitivos.

b).- En las conductas homogéneas de los sujetos que componen una multitud turbulenta, desaparecen las inhibiciones y los frenos intelectuales, de sentido crítico, morales, consuetudinarios, de respeto social, de tradición, de educación, etc., que son habituales en el comportamiento común y corriente de las mismas personas; se efectúa lo que se llama la liberación de la efectividad reprimida.

c).- La muchedumbre turbulenta se caracteriza por su unidad u homogeneidad mental, constituida por el total imperio de un estado emocional simplista de alta temperatura, con entera independencia de cuáles sean la educación, la situación social, la profesión y la moralidad de los individuos que la componen.

Y así ocurre que las personas de más fina y elevada espiritualidad que se hallen formando activamente parte de una

muchedumbre turbulenta, no según su nivel de educación de inteligencia y de moralidad, sino por el contrario, en la forma brutal y grosera que es peculiar de la acción multitudinaria.

d).- Tiene un gran impacto la sugestionabilidad, misma que ocurre cuando una persona, su creencia, su sentimiento, actúa sobre otra persona sin apelar a razonamientos. La imitación en estos casos, tiene una fuerza inconsciente enorme: se vé bailar a más parejas al son de la música y se siente el impulso de llevar el compás con ellas; se oye llorar, se vé reír y se tiende a hacer lo mismo; donde los demás insultan, se tiende a insultar; donde los demás vociferan, se tiende a vociferar.

A través de un contagio de emociones, la sugestión se verifica con tanto más éxito, cuanto mayor es la impresionabilidad del sujeto pasivo. El hecho de la sugestión, lleva aparejada una ausencia de sentido crítico en la persona pasiva.

Pues bien, las muchedumbres turbulentas son impresionables en grado superlativo y se dejan sugestionar con pasmosa facilidad, por esa razón muestran una total carencia de sentido crítico y consiguientemente, una gran credulidad para los dichos más absurdos e inverosímiles, los cuales son aceptados sin ninguna discriminación por los sujetos que componen una muchedumbre turbulenta.

Probablemente la mayor parte de los sujetos que integran una multitud excitada, tomados individualmente, fuera de la muchedumbre, rechazarían considerando como patraña o como disparate, lo que aceptan con rendida fé cuando están reunidos en un grupo turbulento.

e).- Los rasgos en la conducta de los sujetos que integran la muchedumbre turbulenta suelen tener las siguientes características: la aptitud de irritabilidad y de entusiasmo; el gusto por las frases y los signos o símbolos; centran la atención y dramatizan sus emociones; las cóleras, los odios y las codicias elementales, en desbordamiento y las acciones violentas que a veces, adquieren características de bestialidad pavorosa.

Cierto es también, que hay casos de muchedumbres excitadas o turbulentas que actúan para aclamar o para afirmar una cosa, o a una persona, pero el mayor número de los casos de muchedumbres turbulentas están constituidos por acciones bandálicas, para destruir aquéllo que se considera que constituye un mal o un peligro; aunque naturalmente, por debajo de esto exista un fondo de adhesión o algo positivo.

La acción de estos grupos suele ser un fanatismo simplista, este tipo de mentalidad no distingue tonos intermedios, ve sólo blanco o negro y no percibe otros matices; procede por afirmaciones o negociaciones rotundas. La conducta

se forma en virtud de una actualidad inmediata, momentánea, es decir, el comportamiento de una multitud excitada, no planea acciones para mañana y mucho menos para un futuro más distante, sino que se limita a desarrollar una acción directa e inmediata.

En este caso, se dá un proceso de autoexcitación, en el estado de identificación y de unidad mental de la muchedumbre turbulenta, la acción de ésta, revierte sobre sí misma como un excitante, cuanto más grite por ejemplo, mayor es su efervescencia emocional, cuando más avanza en su acción, tanto mayor es cada vez su impulso.

Sighele afirma que estas muchedumbres cometen delitos, porque la intensidad de una emoción crece en proporción directa de el número de personas que sienten esa emoción en el mismo lugar y contemporáneamente.

Estamos en presencia de ese fenómeno que Enrique Ferri llama fermentación psicológica.

Respecto a la responsabilidad de las muchedumbres, Jiménez de Asúa sostiene la irresponsabilidad: "el sujeto individual que comete actos delictivos en una muchedumbre, no es responsable, en el atinado sentir de Mancí, porque el individuo estaba en un estado en que no ha podido querer lo contrario de lo

que hizo, es decir, su yo normal no tenía ni la conciencia ni la voluntad de lo contrario y por ende, de su responsabilidad".

Ha intervenido una solución de continuidad en la individualidad normal por efecto del tumulto colectivo. Edmundo Mezger también admite la inimputabilidad del individuo que delinque en masa, cuando se comprueba la inhibición de la conciencia.

"En síntesis, el hombre que delinquirió en tales circunstancias como parte de la muchedumbre, no es un enajenado, sino un ser habitualmente sano de mente, que en aquél dramático y excepcional instante, se hallaba en situación de trastorno psíquico transitorio".

Para otros autores, el trastorno mental transitorio, que priva al sujeto de la conciencia de sus actos, se encuentra sujeto a comprobación, por lo que no debemos presumir jure et e jure, la inimputabilidad absoluta del agente, fundada en esta causal, por el sólo hecho de haber actuado incorporado en una muchedumbre excitada.

Por lo tanto, no puede considerarse que el estado emocional poseído por el individuo en una muchedumbre, sea suficientemente efectivo para concluir afirmando un estado de inconsciencia general prevalente en todos los componentes de la

multitud. Sin duda, pueden existir casos concretos en los cuales un sujeto débil psíquicamente, pierda la conciencia plena de sus actos, siendo arrastrado como autómeta a la ejecución delictiva, pero no es dable de casos específicos deducir reglas absolutas e intransigibles.

Por lo que podría establecerse, que se eliminaría la responsabilidad del agente, cuando éste haya obrado en completo estado de inconsciencia, con la pérdida de sus elementos volitivos e intelectivos, en caso contrario se debe establecer la responsabilidad, debiendo sin embargo, el juzgador, al individualizar la pena aplicable, apreciar las condiciones personales del delincuente y las circunstancias exteriores de ejecución del hecho punible.

Es oportuno comentar, que el artículo 209 del Código Penal, contiene el siguiente supuesto delictivo: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de 3 días a 6 meses y multa de \$ 5.00 a \$ 50.00 si el delito no se ejecutare. En caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido. Indudablemente quedarían aquí incluidos los actos de los conductores o "líderes" que dirigen a los componentes de la muchedumbre a la comisión de genéricos hechos punibles. Claro está, que si un líder excita a la multitud y la induce preordenadamente a cometer uno o varios

delitos en particular, será responsable del o los hechos criminosos, como participe en calidad de inductor.

2.3. LA ASOCIACION DELICTUOSA EN OTRAS LEGISLACIONES.

Tanto en nuestro país, como en otros países del mundo, se encuentra debidamente legislada la Asociación Delictuosa, toda vez, que se trata de un delito de peligro, tal y como ya lo hemos dejado anotado con anterioridad y por tal motivo no podría pasar por desapercibida su punibilidad.

Aún cuando es importante destacar que no en todas partes tiene la misma denominación, situación que resulta en verdad irrelevante, ya que lo más importante, es que se ataque penalmente dicho delito.

Tomando en consideración que la complejidad de los problemas económicos propios de la época que actualmente vivimos, ésta ha dado motivo para la formación de elementos de vida más sutiles y por desgracia, más graves, de delincuencia; mismas que se valen de asociaciones, a veces con una apariencia lícita cuya peligrosidad social aparece con toda evidencia, tanto por la naturaleza de los recursos de que disponen, cuando por el número

de personas dañadas que generalmente resulta de sus actos delictuosos, sea cual sea dicho resultado.¹⁷

Es necesario distinguir las formas de delincuencia de las agrupaciones de las cuales nos hemos ocupado, de otras manifestaciones de delincuencia colectiva, tomando en consideración que actualmente también se dan comisiones de delito tan sutiles y elegantes, que pueden llegar a pasar por desapercibidos, ya sea porque los ofendidos no presentan la querrela necesaria o en su caso porque en el mayor de los casos, se trata de delitos patrimoniales, en los cuales, por ser necesaria la flagrancia para que proceda la privación de la libertad, los mismos, llegan a quedar impunes.

2.3.1. ESPAÑA.

El concepto de Asociación dentro del Derecho español, tiene una peculiar acepción, considerando que con los delitos de Asociaciones ilícitas, como se les denomina, sancionan los Códigos, comportamientos de determinadas personas físicas, que revisten especial gravedad.

¹⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de Derecho Penal Parte General", Tomo III, 2a. Edición, Edit. Abeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1980, págs. 130-132.

La "asociación" es sólo un elemento del tipo, mas no el tipo mismo, pero un elemento decisivo; tal vez por ser el marco en el que convergen las respectivas conductas típicas, la doctrina tiende a sobrevalorar su importancia hasta el extremo de limitar el análisis del tipo al examen del concepto de asociación.

Respecto de dicha legislación española y al criterio de Pablos de Molina, el punto de partida correcto, exige tener presente que la asociación es sólo eso; el marco o el resultado de los comportamientos típicos previstos en la ley. ¹⁸

La polémica científica viene planteando dos problemas: si existe o no un concepto penal de asociación y cuáles son las notas características, en su caso. En la doctrina española, el concepto de asociación se ha elaborado, tomando como contraste y referencia los de reunión y conspiración; por ejemplo, en Alemania se ha acudido a otras coordenadas, si bien el telón de fondo de la polémica, fue la distinción entre "banda" y "complot". ¹⁹

De lo anterior, puede desprenderse que sólo el actual número 2º del artículo 172 del Código Penal Español, tiene

¹⁸ PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Asociaciones Ilícitas en el Código Penal", Edit. Bosch. Casa Editora, S.A., Barcelona, 1978, pág. 221.

¹⁹ Ibídem. pág. 222.

perfecta justificación, los demás supuestos de Asociaciones Ilícitas son muy cuestionables: tanto por razones dogmáticas, como procesales, constitucionales y de política criminal, pero esas deficiencias del sistema ibero, no liberan ni excusan que se realice un determinado examen del mismo.

El tipo penal de la asociación ilícita, se encuentra previsto y sancionado en el precitado Código Penal Español, en sus artículos 172, 174 y 175, entendiendo que la Asociación Ilícita en sí misma no es el tipo -tal y como lo establece el autor-, remitiéndonos someramente al contenido de los artículos ya citados, en los cuales se establece que los tipos correctamente formulados serían: el fundar una asociación ilícita, el presidirla, el participar en la organización como mero individuo o socio activo; el favorecer su fundación, actividad, etc., porque la asociación es sólo un elemento de los respectivos tipos, el centro en el que convergen; el comportamiento típico por el contrario, viene expresado por los términos fundar, dirigir, presidir que el Código Español mismo, sustantiviza.

Claro es, que existe una pluralidad de tipos convergentes que se establecen de forma fragmentaria, de modo que no basta con contemplar el artículo 172 citado, para obtener completa la norma punitiva. De acuerdo a lo anterior, la legislación española sigue una técnica particular, que consiste

en definir primero, qué asociaciones deben reputarse ilícitas (art. 172) y fijar después las penas en que incurren quienes lleven a cabo las formas de participación en tales asociaciones que dicho Código Penal prevé (artículos 174 y 175).

2.3.2. ARGENTINA.

En este país podemos encontrar diversas formas de denominar a la delincuencia colectiva u organizada, tal es el caso que entre las mismas se encuentran contempladas la Camorra y la Maffia, ésta última de procedencia italiana.

Otros ejemplos típicos de este tipo de agrupaciones para delinquir, lo constituyen la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes, las bandas dedicadas al robo de automotores y del contrabando en gran escala; organizadas todas ellas por lo común en verdaderas redes con ramificaciones internacionales y que disponen de los medios más modernos para el logro de sus fines.

Esa manifestación delictuosa, debe conducir a agravar la pena de los autores, en razón de la peligrosidad social del medio empleado para delinquir. Siendo pertinente aclarar que en Argentina se encuentra contemplado como un delito autónomo a las Asociaciones ilícitas y además, se contempla como una agravante

genérica a la Delincuencia Asociada Organizada, de las cuales podremos tomar sus características propias.

Efectivamente, el auge de este tipo de delincuencia, decidió a la Comisión Asesora en Materia Penal, designada por el Decreto 14.036/62, a incluir entre las reformas introducidas y el derogado Decreto-Ley 4778/63, la previsión de la que denominó Delincuencia Asociada Organizada, a la que asignó el carácter de Agravante Genérica, para los delitos que constituyeran una manifestación de ese tipo de delincuencia, el problema fue encarado, pues entonces, sin someterlo a los principios de la participación y, naturalmente, prescindiendo de crear responsabilidad para las personas jurídicas. La disposición fue derogada por la ley 16.648.²⁰

Se estima de total interés, determinar la función que asignó el Decreto-Ley 4778/63 a la Delincuencia Asociada Organizada; el texto de la disposición es el siguiente: "Cuando el delito represente una manifestación de Delincuencia Asociada Organizada, la pena se aumentará en un tercio, pero no podrá exceder del máximo legal de la especie de que se trate"²¹

²⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de Derecho Penal...", Op. Cit. pág. 134.

²¹ Ibídem. págs. 135-136.

Por otra parte, las exigencias debieron ser distintas de las contenidas en el artículo 210 para la Asociación Ilícita, ya que con ésta se constituye una figura autónoma y la misma, no fue suprimida. Como idea esencial debe, pues, tenerse presente que la Delincuencia Asociada Organizada en sí, no es un delito autónomo, sino que ella se manifiesta a través de uno o más delitos a los que califica agravándolos.

Insistimos pues, en que no se creó un delito que tuviera la denominación de Delincuencia Asociada Organizada, ya que la disposición no describía una figura delictiva, sino una agravante de todas las demás figuras contenidas en la ley.

En este caso, no es forzoso que la Asociación se haya constituido para cometer delitos indeterminados, exigencia de la Asociación Ilícita, pero tal acuerdo por sí solo no excluye la Delincuencia Asociada Organizada, pues no se olvide que aquélla está considerada como un delito, en tanto que ésta última, tiene el carácter de circunstancia agravante genérica.

2.3.3. COLOMBIA.

Evidentemente, uno de los problemas más severos que ha resentido América del Sur y en especial, Colombia, en cuanto a delincuencia, es la delincuencia colectiva; misma que se

encuentra debidamente contemplada en su legislación penal, en los delitos contra la Seguridad Pública, refiriéndonos en forma específica a la Asociación Delictuosa, a la cual en el artículo 186 del Código Penal Colombiano, se le denomina como "Concierto para delinquir" y que a la letra dice:

Art. 186.- Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por este solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será, prisión de tres (3) a nueve (9) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.

Como podemos apreciar del tipo descrito en el precepto legal que se cita anteriormente, debemos deducir, que tiene algunas semejanzas con el artículo 164 de nuestro Código Penal, por lo que hace a la concertación u organización para delinquir; más sin embargo, también es importante señalar que existen marcadas diferencias de contemplar el delito en sí; ya que resalta el elemento del número de integrantes que en el presente caso se limita a señalar, "... Cuando varias personas", lo que nos permite establecer que se trata de una pluralidad y al no

señalar un número mínimo determinado, es incuestionable que puede tratarse como mínimo de dos personas que realicen dicha concertación para delinquir, sin que exista un máximo.

En el segundo párrafo del citado precepto, se contempla una agravante para dicho delito y consiste en aplicar la sanción señalada, para el caso de que el delito sea cometido en despoblado o con armas. Lo que implicaría que en caso de que una situación similar rigiera en nuestra legislación penal, sería la sanción que siempre se aplicaría al delincuente, habida cuenta de que en todos los casos en que se comete un delito por Asociación Delictuosa, el mismo se lleva a cabo con armas.

Ahora bien, independientemente de la modalidad por medio de la cual llegara a ser cometido el delito, se contempla una agravante más a quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto; situación ésta, que contempla una penalidad mayor a quienes realicen dentro de la Asociación u Organización, según sea el caso, actos de dirección a quienes se ostenten como jefes o líderes de determinado grupo delictivo.

Este último renglón, no se encuentra contemplado dentro del artículo 164 de nuestro Código Penal, ya que no se distingue de entre quienes dirijan o encabecen a un grupo delictivo o de entre quienes únicamente tengan actividades de sumisión u obediencia.

Como características de la Banda, se consideran: una organización plurima e indeterminada de miembros, según la naturaleza de las actividades a las que se dedican; tienen una relativa especialización operacional (asalto a bancos, secuestros, estafadores, abigeatos, etc.); un jefe que es el que generalmente decide las operaciones que habrán de ejecutarse y que es el que distribuye hombres y ganancias.²²

Para mantener su cohesión, la banda elabora sus propias normas de conducta, una especie de código de ética profesional, al que el jefe se encargará en todo momento de hacer cumplir y respetar, cuya violación acarrea sanciones que pueden llegar a aplicar hasta la privación de la vida del infractor.

Dentro de la esfera jurídica colombiana, como la de otros países latinoamericanos, incluyendo el nuestro, existen diversas formas por medio de las cuales la delincuencia colectiva, asociación delictuosa o delincuencia organizada, como queramos denominarle, toma forma y está presente en nuestra sociedad, inclusive, en formas en las que ni remotamente nos pudiéramos imaginar y que actúan aparentemente en forma legalmente organizada.

²² REYES ECHANDIA, Alfonso. "Crimilología", 8a. Edición, Edit. Temis, Bogotá Colombia, 1991, pág. 163.

Tal es el caso por ejemplo de: Macrodelinuencia, microdelinuencia, el hampa, la mafia, la delincuencia de cuello blanco, narcotráfico, contrabando, lavado de dinero, etc.

En síntesis, es indispensable que se tomen medidas más específicas y realmente drásticas en el combate de la Asociación Delictuosa; ya que como se ha dejado debidamente anotado, existen figuras delictivas que se pueden distinguir fácil e inmediatamente; pero desafortunadamente, también existen ciertas formas de delincuencia que se realiza en forma asociada y que por un descuido o falta de previsión legal, pueden pasar por desapercibidas o no estén previstas las conductas realizadas ilícitamente, y que pueden aparentar una cierta legalidad.

En este orden de ideas podemos encontrar el desvío de presupuestos de egresos de diferentes dependencias gubernamentales, en envase de mercancías con menoscabo en las cantidades especificadas en las etiquetas; girar cheques sin fondos al amparo de una sociedad mercantil; la compra fraudulenta de materiales de construcción, sin respetar las especificaciones necesarias, etc., siendo una lista interminable de conductas ilícitas, las cuales no terminaríamos de mencionar y que desgraciadamente se encuentran vigentes a todo lo largo y ancho del mundo.

**2.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL
EN LA ASOCIACION DELICTUOSA.**

De acuerdo a lo prescrito en el tipo contenido en el artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal se desprende lo siguiente:

Al que forme parte de una Asociación o banda: lo que nos establece en una forma categórica, que el primero de los elementos exigidos en dicho precepto, es que una persona se encuentre integrando un grupo con las características propias de una asociación, la cual ya se dejó establecido cuáles han de ser sus lineamientos a seguir; siendo el caso que debe estar debidamente organizada, con una estructura propia y un orden de jerarquización y subordinación.

Tres o más personas: La Asociación deberá estar constituida por tres o más personas. Se trata de un delito que requiere una forzosa pluralidad de autores, puesto que, para que pueda condenarse por Asociación Delictuosa, es menester, la participación de por lo menos tres personas, de otro modo, no podría decirse que la Asociación exista, por faltar la exigencia legal del número de personas que la constituyan; en la inteligencia de que esto no quiere decir de ninguna forma, que necesariamente deban resultar condenadas tres personas o más, sino que aparezca probada la participación o responsabilidad.

Precisamente uno de los problemas que más se ha prestado a opiniones controvertidas, es el que se refiere a las condiciones personales de alguno o algunos de los asociados, y que redundan en su inimputabilidad a los efectos del cómputo, para el número requerido por la ley; los autores nacionales y extranjeros que se ocupan del tema, piensan que ese mínimo de tres personas, debe estar constituido por sujetos capaces desde el punto de vista penal.

Destinada a cometer delitos; La ley requiere que se tome parte en una Asociación o banda destinada a cometer delitos. Este concepto es entendido por buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, como el fin de cometer delitos indeterminados (Moreno; González Roura). ²³

Esta idea requiere alguna aclaración, debe entenderse como un acuerdo que comprende una pluralidad de planes delictivos, que lleva consigo una cierta permanencia a la que ya nos hemos referido con anterioridad y que lo diferencia de la concurrencia de voluntades para uno o más delitos, que tiene lugar en cada caso y con ello, el carácter transitorio, que es propio de la participación; en este orden de ideas, la nota más característica de la Asociación Delictuosa, está dada por el hecho de que el cumplimiento de un plan delictivo determinado,

²³ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal Parte Especial", Op. Cit. pág. 722.

ejecución de un hecho concreto no agota los fines de la Asociación.

Por lo demás, nos percatamos claramente, que existe un renglón muy particular en el tipo que estudiamos y es el que se refiere a los sujetos que sean o hayan sido servidores públicos o que en su caso pertenece o haya pertenecido a las Fuerzas Armadas; lo que significa que se protege a la sociedad de aquellos sujetos que pudieran representar una marcada peligrosidad en un mayor grado, precisamente por tener conocimientos especializados o que tengan un conocimiento previo, para poder evadir la acción penal; tomando en consideración este último elemento, como una forma de agravar al delito.

CAPITULO 3

DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA PANDILLA Y LA ASOCIACION DELICTUOSA.

- 3.1. PARTICIPACION Y CONCURSO.
- 3.2. BIEN JURIDICO TUTELADO EN LA PANDILLA
Y LA ASOCIACION DELICTUOSA.
- 3.3. PROPORCIONALIDAD DE LA GRAVEDAD EN LA
PANDILLA Y EN LA ASOCIACION DELICTUOSA.
- 3.4. APLICACION DE SANCIONES.
- 3.5. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

3.1. PARTICIPACION Y CONCURSO.

En el tipo de delitos que aquí estamos estudiando, podemos establecer, que necesariamente concurren frecuentemente, varios sujetos activos para la realización del acto o de el conjunto de actos que constituyen o pueden constituir el ilícito penal; en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito.

Es así como muchos tratadistas se han preocupado por estudiar y distinguir el delito colectivo, que es aquél que no puede cometerse sin la concurrencia de dos o más personas, ya que consideran que a tales casos no deben aplicarse las reglas especiales de la participación, puesto que el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo y cada concurrente debe responder de su acto como delito integral, aún cuando es claro que en esa especie de infracciones puede haber partícipes accesorios que induzcan al delito o proporcionen los medios para su comisión y que concurren sin necesidad a la ejecución de los actos constitutivos del tipo.

La participación pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de

varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquéllos a quienes se pudiera considerar partícipes, y por supuesto, toda participación queda condicionada para ser tomada como tal, a que el delito se realice en un grado punible.

Se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varias personas, ya sea en forma directa o indirecta en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que en conjunto producen el resultado típico.

Ahora bien, la teoría de la adecuación, lo mismo para la causalidad, al distinguir la causa de la condición, la actividad del autor constituye la causa del delito, destacando de la de los partícipes por cuanto a su eficacia causal.

En México, Castellanos Tena se inclinó en otro tiempo, en favor de la accesoriedad, considerando a ésta, como a la teoría correcta. ²⁴

Por lo tanto, ¿cual de los criterios expuestos puede fundamentar la participación en nuestro Derecho Positivo?. Desde luego, hemos de reconocer con Mezger que el punto de arranque de

²⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959, pág. 298.

toda teoría jurídico-penal de la participación, es la teoría de la causalidad, pues sólo pueden ser consideradas punibles aquellas conductas que se encuentren en relación causal con el resultado. ²⁵

En consecuencia, podemos dejar establecido que cuando en la comisión de un delito determinado intervienen dos o más personas, se dice que existe participación criminal, salvo el caso de que la pluralidad de agentes esté impuesta por la propia naturaleza del hecho, por ejemplo: el adulterio o la Asociación Delictuosa, delitos en los que la intervención de varios no implica necesariamente participación en sentido estrictamente jurídico.

"La teoría jurídica del concurso se basa en la causalidad, expresando que el pensamiento de la causalidad despliega en la teoría de la participación de un delito, una función doble, negativa y positiva: con arreglo a la primera, excluye del ámbito de las acciones punibles de participación, todo lo que no ha sido causal en la producción del resultado; la segunda, proporciona el punto de arranque seguro para la determinación del concepto de autor, y más adelante agrega: como autor lo mismo que como participante, sólo puede ser punible el que ha puesto una condición del resultado; la causación del

²⁵ PAVON VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General", Edit. Porrúa, México, 1985, págs. 494-498.

resultado, constituye el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico-penal, el pensamiento de la causación del resultado traza el límite extremo de toda responsabilidad jurídico-penal." ²⁶

La participación se presenta en primer lugar, desde el punto de vista objetivo: el de la concurrencia real de los delincuentes, cuyos actos externos cooperan a los fines del propósito criminal que los inspira; pero al afirmarse la doctrina sobre la cuestión palpitante del Derecho y de la Criminología, se busca el lazo de unión entre los diversos delincuentes que concurren al delito, no en la actividad externa que los une, sino en el propósito y el consentimiento de cada uno de ellos, para la comisión del delito; pero el acuerdo de las voluntades se manifiesta a menudo por los actos de ejecución, conforme al propósito trazado.

Esta última circunstancia, distingue la concurrencia de delincuentes de otros fenómenos jurídicos, en los cuales, los actos externos de cada delincuente, concurren a la producción del mismo daño, sin que entre ellos haya un concierto de voluntades; tal es el caso que hemos tocado con anterioridad, del zafarrancho o de las muchedumbres delincuentes; ya que en el dado caso, la muchedumbre acude a la comisión del delito, sin que las distintas

²⁶ MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, pág. 243.

personas que participan, se pongan de acuerdo en los medios y acerca del fin que se proponen seguir; así que la unidad de propósito y la unidad de fin al que el propósito se endereza, constituye la cohesión entre los partícipes del delito.

3.2. BIEN JURIDICO TUTELADO EN LA PANDILLA Y LA ASOCIACION DELICTUOSA.

El bien jurídico constituye la base sobre la cual se construye la hipótesis delictiva, por lo cual, el tipo tiene su verdadero sostén en el bien jurídico tutelado; actualmente se le otorga la mayor acepción al hecho de que no puede haber tipo penal sin la pretensión de salvaguardar un determinado bien jurídico, entendiéndose por éste, todo interés vital del individuo o de la colectividad protegido por la ley penal.

Generalmente podemos encontrar ratificada esta afirmación, en el rubro de los Títulos integrantes de la Parte Especial en los diferentes Códigos Penales; en donde el legislador observa y contempla la realidad social y dependiendo de su ideología, entonces determine cuáles son los objetos a proteger, pudiéndose establecer que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador, es mediante el uso de la sanción que puede llegar a ser civil o penal; así el legislador establece que cuando una persona realiza un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra, le será aplicada una sanción, la cual habrá de consistir en irrogar coactivamente un mal y de igual forma puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más acentuado valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación. ²⁷

De acuerdo a lo anterior, podemos establecer entonces, que el bien jurídico debe ser extraído de la norma, y aunque generalmente aparece en los títulos que comprenden la descripción legal, tenemos por ejemplo el caso del delito de Robo, para el cual su rubro consiste en "Delitos contra las personas en su patrimonio", por lo que es evidente que el bien jurídico tutelado es en este caso el "patrimonio".

Ahora bien, no debemos olvidar que la Asociación Delictuosa, desde el mismo momento de estar constituida como tal, lesiona la "seguridad pública", la paz social, incluso aún, si no se llega a ejecutar alguno de los delitos programados o para los que fue constituida u organizada; ya que por ese solo hecho, merecen castigo sus miembros.

²⁷ GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1986, pág. 636.

En este orden de ideas, no debemos menospreciar en ningún momento la calidad criminal que implica "la pandilla", ya que a pesar de que cuando actualmente no se encuentra tipificada como un delito autónomo, no menos cierto es que con su formación y con su proliferación, se lesiona de igual forma a la seguridad pública. Entonces pues, debemos puntualizar que desde el momento mismo en que existen determinados "entes", por los cuales el legislador se interesa expresando una acentuada atención respecto de una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes jurídicos y cuando el propio legislador quiere proteger a esa norma, penando su violación con una sanción penal, los bienes jurídicos, pasan a ser bienes jurídicos penalmente tutelados. De ahí que, no sería posible que se pudiera concebir que existiera una conducta típica sin que afecte un bien jurídico puesto que el tipo no es otra cosa, que particulares manifestaciones de tutelas jurídicas de esos bienes.

Entendiendo el bien jurídico tutelado, como la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto determinado, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan para la libre disponibilidad de dicho objeto.

De acuerdo a Zaffaroni, el "ente" que el orden jurídico tutela contra ciertas conductas que le afectan, no es la cosa en sí misma, sino la relación de disponibilidad del titular de la

cosa. Dicho en palabras más simples: los bienes jurídicos son los derechos que tenemos de disponer de ciertos objetos. Cuando una conducta nos impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal.²⁸

Sin embargo, no debemos olvidar, que a toda tesis se puede anteponer una antítesis, lo que no escapa en el caso concreto, en el cual, el autor español Pablos de Molina difiere radicalmente con el planteamiento expuesto respecto del bien jurídico tutelado; concluyendo que: "de las doctrinas analizadas, sólo permiten configurar un objeto de protección "abstracto", distinto y diferenciable conceptualmente de los intereses concretos y singulares que puede lesionar el programa asociativo; pero un objeto real, digno de tutela penal, no una abstracción; defecto en el que suelen incurrir las doctrinas que invocan el impreciso término del "orden público".

Precisando que, el titular del bien jurídicamente protegido, es el propio Estado, guardián del orden social, quien ostenta el monopolio del orden jurídico. No lo es la colectividad, el cuerpo social, como afirman quienes pretenden

centrar el objeto de la tutela penal en ciertos estados de ánimo de dicha colectividad.²⁹

Además indica que: con el delito de Asociación Delictuosa, el legislador al tipificarlo, trata de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla.

La mera existencia de una pluralidad de personas que de forma organizada intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado.

Es un reto y una negación del Estado mismo, porque no se trata ya de la preparación o ejecución de un delito o delitos por una pluralidad de personas; sino de algo más grave, de una organización, de una institución "criminal" que, por lo tanto, tiende a realizar su propio ordenamiento y a desconocer el estatal, sobreponiéndose al mismo; por ello castigan los diversos códigos a quienes toman parte en estas asociaciones, aunque no haya iniciado el grupo en cuestión, a la ejecución de los delitos concretos para los que se organizaron.³⁰

²⁹ *Ibidem.* págs. 144-145.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General", Edit. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, págs. 409-410.

De lo anterior, podemos establecer afirmativamente, que todos los tipos de delitos, se centran en torno a uno o varios bienes jurídicos y generalmente se dá respuesta negativa a la situación de que existen tipos penales desprovistos de un bien jurídico tutelado por la ley.

En este sentido podemos destacar que, en lo que respecta a la Pandilla, no puede considerarse que dicha figura delictiva no puede ser contemplada como un tipo autónomo y menos aún que no exista un bien jurídico, ya que éste, es el concepto central del tipo, en torno al cual giran todos los elementos objetivos y subjetivos, y, por lo tanto, un importante instrumento de la interpretación.

3.3. PROPORCIONALIDAD DE LA GRAVEDAD EN LA PANDILLA Y EN LA ASOCIACION DELICTUOSA.

El principio de la proporcionalidad se considera hoy, límite fundamental del ius puniendi, como consecuencia del Estado democrático de Derecho; significa que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la gravedad o peligrosidad del sujeto activo respectivamente.

Por la gravedad del hecho, entendemos aquí, el contenido del injusto, el daño que el hecho produce en la sociedad y por peligrosidad, conforme a lo que ya se ha dicho, la probabilidad de que el sujeto cometa un hecho descrito en la ley penal como delito. El respeto a este principio, con una justificada razón obliga a no conminar con penas graves, hechos de escasa gravedad, y a no aplicar medidas de carácter penal a sujetos que revelan una mera peligrosidad social.²¹

En este sentido, podemos mencionar, que actualmente se ha puesto muy poca atención a la figura de la pandilla sobre el grado de peligrosidad que realmente representa para la sociedad; toda vez que en la actualidad, podemos dejar establecido, que únicamente lo que puede llegar a diferenciar a la "Pandilla" de la Asociación Delictuosa, es únicamente la denominación o el nombre con que se les conozca, sin dejar pasar por alto, que los propósitos y costumbres de una y otra son exactamente los mismos, aún cuando en uno y otro casos, el modus operandi sea diferente, así como la sofisticación en su organización.

Luego entonces, no es posible considerar que existe una proporcionalidad mayor o menor, respecto de la peligrosidad, tanto en la pandilla como en la Asociación Delictuosa, ya que ambas figuras se dan de diferente manera, por lo tanto, es

²¹ SAINZ CANTERO, José A. "Lecciones de Derecho Penal Parte General", 3a. Edición, Edit. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1990, págs. 42-43.

necesario establecer, que ambas tienen un grado o proporcionalidad de peligrosidad que podemos considerar demasiado alto, aunque enfocado de diferente manera.

Lo anterior se traduce, que tanto una como otra figura delictivas, representan un grado de riesgo bastante alto para la seguridad social.

Ya que, es importante que se tome en cuenta, que esa proporcionalidad puede ser tan grande en la "pandilla", misma que se ha subestimado en cuanto a sus alcances, como en una "asociación delictuosa", que no sólo por pretender verla como un prototipo de organización criminal más sofisticada, será ésta última la que requiera mayor atención.

Puesto que ya se han contemplado los elementos de cada figura delictiva, de la misma, se aprecia lo siguiente: que en la pandilla no es un requisito indispensable el estar organizado para delinquir, pero si es suficiente un elemento, el número de personas que intervengan en la comisión del delito, por lo tanto, nos encontramos en ese mismo momento en un presupuesto típico que nos establece la ley, para que se aplique la misma; siendo también incuestionable, el ánimo de los sujetos para aceptar el resultado de dicha intervención y sobre todo de la misma reunión, lo que resulta evidente, que hay un alto riesgo, una gravedad que

podemos considerar patente, misma que alteraría considerablemente nuestro ámbito jurídico.

De acuerdo a todas estas premisas, debemos también considerar lo que la mayoría de los autores piensan al respecto, y en este sentido, muchos de ellos se muestran de acuerdo en la referencia del peligro al bien jurídico tutelado en este tipo de delitos. Así en nuestro país, Córdoba define los delitos de peligro, como "aquellas infracciones que se consuman, no en virtud de la lesión, sino de la puesta en peligro del bien jurídico".³²

Aunque otros autores, prefieren una noción basada en características excluyentes o negativas de lo que no es delito de peligro y afirman que por tal, se entiende el "que en su conformación típica no requiere una lesión o daño concretamente determinado, el cual en caso de surgir, integraría un normal delito, no de riesgo, sino de lesión".

Esta referencia a lo jurídico, la encontramos también en los tratados, textos y comentarios de otros autores, como el propio Jiménez de Asúa, Ferrer Sama, Cuello, Rodríguez Devesa por mencionar algunos y que sostienen que "son delitos de peligro, aquéllos en los que basta para la realización típica, que se

³² JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal", T. III, Buenos Aires, 1958, pág. 462.

hagan correr riesgos al objeto protegido como bien o interés jurídicos; señalándose de la misma forma, que, en los de peligro, el delito se consuma con la producción de un estado de riesgo o probabilidad de daño para el bien jurídico protegido. De lo que podemos desprender que el delito de Asociación Delictuosa, como la Pandilla son considerados como delitos de peligro (o al menos así deben considerarse), los cuales no causan daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero sí crean para éstos, una situación de peligro.

Se estima que el delito de lesión, por otra parte, es aquél en que el tipo del injusto, incorpora la destrucción de un bien jurídico; el delito de peligro en cambio, no comporta la destrucción de bien material alguno, sino la creación de una situación tal, que es probable que ese resultado lesivo se produzca.

Asimismo, parece deducirse la vinculación del peligro al bien jurídico protegido y se relaciona la distinción entre los delitos de lesión y los delitos de peligro; con los de daño inmediato o directo y daño mediato o indirecto. El primero consiste en la violación ocasionada a cualquier interés protegido, traducido en un mal material o moral; y el segundo, no pasa de ser únicamente un menoscabo a la seguridad del orden jurídico, en virtud del peligro en el que se encuentran los intereses protegidos en la ley penal.

Esta hipótesis, de que el peligro viene referido al bien jurídico protegido, es generalmente compartida en la doctrina extranjera; ejemplo claro de dicha inclinación, la encontramos en la doctrina italiana, la cual alude a esta conexión entre el peligro y el bien jurídico protegido, como característica determinante de los delitos de peligro y delimitadora de los que comportan una lesión para el bien; tomando en consideración, que mientras el daño es la efectiva lesión de un bien jurídico, el peligro es tan sólo una probabilidad de daño, una acentuada probabilidad de lesión, por lo tanto, es importante distinguir que en los delitos de lesión, el bien es efectivamente vulnerado, mientras que en los de peligro, dicha vulnerabilidad, es solamente potencial, posible, probable. ³³

Así pues, al establecer la distinción entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, podemos establecer que nos encontramos ante una u otra categoría, según que el ataque en su consumación típica represente una lesión inmediata del valor o del bien, o que tan sólo nos encontremos frente a un próximo peligro de la lesión de un interés, y en éste último supuesto, ya se encuentra debidamente tipificado el delito de Asociación Delictuosa, independientemente del daño o lesión que pudiera surgir posteriormente, considerando también, que aún es una

³³ ESCRIVA GREGORI, José M^a. "La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal", Edit. Bosch Casa Editora, S.A., Barcelona, 1976, págs. 37 y 38.

omisión penal, que adolece nuestro sistema penal, al no contemplar de la misma forma la tipicidad de la pandilla.

3.4. APLICACION DE SANCIONES.

El antecedente inmediato del artículo 164 de nuestro Código Penal, lo encontramos en el artículo 210 del Código Penal argentino de 1921. El tipo penal de "asociación ilícita" configurado en éste, es sustancialmente el mismo del artículo 164, hasta en su construcción gramatical.

La asociación a que se refiere el artículo 164, consiste en la unión voluntaria y con un carácter de permanencia, ya sea relativa o total, para desarrollar los propósitos delictuosos que unen a sus componentes, aunque no exista reunión material de todos sus asociados, ni una identidad concreta del lugar de residencia, e incluso ni conocimiento recíproco de las personas que la constituyen.

Se prueba la existencia de la "Asociación Delictuosa", por la repetida actuación de sus participantes o integrantes, en la comisión y ejecución de delitos y por su disposición constante a colaborar en éstos, sin previa determinación de los mismos en concreto, indistintamente en una u otra de las fases del iter criminis y de la participación delictiva.

Basta que exista una rudimentaria organización, inherente al convenio para delinquir, basta cualquier formalidad en cuanto a la organización, ya sea escrita, verbal, con o sin estatutos, con o sin jerarquía estatuidos o solamente con un simple acuerdo tácito y aceptado por sus integrantes, con tal de que la organización de que se trate, no sea de ninguna manera de forma meramente ocasional o transitoria.

Para que la incriminación proceda respecto a los integrantes de la asociación delictuosa, que han de ser tres o más, es necesario que el agente conozca que existen otros asociados que junto con él integran el número requerido por la ley, constituyéndose así, el elemento calificativo del dolo, de lo que nos dá como un resultado eminente, que procede el procesamiento un' solo integrante, aún cuando algún o algunos de ellos se encuentren prófugos.

Los delitos cometidos por la Asociación Delictuosa, pueden ser indeterminados, y no uno o varios delitos determinados ya que en todo caso, se trataría de la participación delictiva configurada o establecida en el artículo 13 del Código Penal; esto es, que los delitos resultantes de la actividad criminal de la asociación, pueden ser o no de la misma naturaleza; violentos o fraudulentos, leves o graves, de persecución de oficio o de querrela necesaria, etc.

Por tratarse de un delito per se, es independiente de los delitos, para cuya ejecución se hubieren concertado los asociados, habiéndose dejado debidamente establecido, que este delito se consuma por el hecho de la sola participación en la asociación misma y no en los delitos concretos que la asociación cometiere; como que resalta a la vista, que el delito de asociación delictuosa, es abstracto y doloso.

En los delitos cometidos por la asociación delictuosa, ya sea que éstos sean consumados o que llegaren a quedar en grado de tentativa, el asociado a aquélla, participa como autor intelectual o inspirador, como ejecutor material, como cómplice o como encubridor, conforme al artículo 13 del Código Penal, rigiéndose la participación, a los efectos de la pena, por las reglas contenidas en los artículos 51 a 59 y 63 del Código Penal.³⁴

La pena por el delito de Asociación Delictuosa, se encuentra establecida y se aplica independientemente de las penas correspondientes a aquéllos delitos, de acuerdo con las reglas de acumulación prescritas en el artículo 64 del Código Penal.

El objeto jurídico, en nuestro concepto, es: la seguridad general, encomendada a la Administración Pública,

³⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. "Código Penal Anotado", Edit. Porrúa, México, 1997, pág. 443.

siendo un delito de mera conducta, doloso, de peligro y tendencia, en el que no puede configurarse la tentativa y tomando como sujeto activo, a cualquier individuo que forme parte de una banda o asociación que han quedado establecidas debidamente con antelación, y considerando como sujeto pasivo a la comunidad social establecida en nuestro territorio nacional.

Respecto a la parte que se refiere a quien sea o haya sido servidor público, se supone por lógica elemental, que la inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión, se computará a partir del momento en que el sujeto activo haya compurgado la pena de prisión; habida cuenta de que dicha inhabilitación no podría operar durante el lapso en que tal sujeto estuviese privado de su libertad.³⁵

La segunda parte del precepto comentado, restringe la acción, única y exclusivamente al hecho de ser o haber sido "servidor público" de alguna corporación policiaca"; lo que en parte, se explica y justifica por el contubernio de policías o ex-policías con asociaciones o bandas, lo que implica en un determinado momento, que el servidor público, aún de forma indirecta, forme parte de aquélla.

Sin embargo, la verdad es que también debería ser una causa agravante de la pena, el hecho de que en la especie, se

³⁵ Idem. pág. 444.

pueda tratar de cualquier servidor público, al margen de su vinculación laboral con alguna corporación policiaca, toda vez que quien ha sido o es un servidor público, independientemente de la dependencia gubernamental a la que haya prestado o en la que esté prestando sus servicios, tiene conocimientos especializados para poder infringir la ley de una forma más dolosa, convirtiéndolo así, en un delincuente con alto grado de peligrosidad.

En lo que se refiere a la pandilla y respecto al número de personas que deben integrar a la misma, han de ser no menos de tres, sin que el número máximo tenga límite alguno; el mínimo establecido obedece únicamente al libre arbitrio del legislador, que como fijó ese número, bien pudo haber fijado otro, pero en el caso, tiene como antecedente mínimo igual en el delito de Asociación Delictuosa del artículo 164 del mismo Código Penal, y si bien en el caso de este último delito, que sólo puede ser doloso, el dolo está calificado por el conocimiento que tengan los integrantes de la asociación o banda, de que ésta existe ya, que se trata de una organización específicamente formada para delinquir.

En el caso de "La Pandilla" y de acuerdo a lo dispuesto por el actual artículo 164 bis; no hace falta ese conocimiento previo de los fines de la reunión, sino que basta con que se lleve a cabo ésta y que la misma sea de por lo menos tres

personas o más, por cuanto tal reunión puede ser hasta ocasional o transitoria y no necesariamente en forma habitual o permanente, lo que en este caso nos demuestra que lo que importa realmente para satisfacer el tipo, es que el número de los integrantes de la pandilla, ha de ser siempre de tres o más; dato objeto éste, que en nada alude al elemento moral de la incriminación, o sea, el dolo; tomando en consideración que éste es simple y consiste únicamente en la conciencia y voluntad de formar parte de la reunión.

Por otra parte, el precitado artículo 164 Bis con el que cuenta nuestra ley penal, fija a los pandillistas una sanción acumulada, que consiste en "... se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos". O sea, que por los delitos cometidos por la pandilla, el pandillista participa como autor intelectual o inspirador; como ejecutor material o como cómplice o encubridor, conforme al artículo 13 del Código Penal, rigiéndose su participación a los efectos de la concreta pena aplicable por las reglas contenidas en diverso articulado del ordenamiento punitivo. Pero con independencia de esa pena, de la que le pueda corresponder por el delito concreto cometido, se aplica al pandillista, una mitad más de prisión acumulativamente.

"Sólo el tiempo nos enseñará, si la agravación de la pena a los casos de delitos cometidos en pandilla, es capaz de

poner fin o un freno a la actividad antisocial de las pandillas, pero un resultado inmediato, sí podrá apreciarse: los pandillistas no pueden gozar de libertad provisional bajo caución o fianza. ³⁶

3.5. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

A efecto de poder comprender lo que es la individualización de la pena, es menester tener una noción de ésta, o un concepto de la misma, ya que muchas definiciones se han dado al respecto, por lo que únicamente señalaremos sólo algunas:

"La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una Sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt). Por nuestra parte, hemos dicho que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico." ³⁷

³⁶ Idem. pág. 445.

³⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". (Parte General), Edit. Porrúa, México, 1986, págs. 317-318.

Ahora bien, en todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito. Hemos entonces de remontarnos a la famosa ley de talión, "ojo por ojo, diente por diente", para poder hacer más palpable la equivalencia entre el hecho y su castigo. Posteriormente se vio la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad.³⁸

De aquí, que es importante resaltar que siempre que se esté en presencia de delitos cometidos en Pandilla o Asociación Delictuosa, se deberá tomar en cuenta, que tanto el aspecto subjetivo del o los delincuentes, así como su temibilidad o en su caso el grado de peligrosidad, deberá ser en un término máximo, amén de que la propia reunión para la ejecución de actos ilícitos, así como pertenecer a la asociación, implica ya una gravedad en sí misma.

"El Código de 1871 de Martínez de Castro, establecía tres términos en las penas: mínimo. medio y máximo; los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes, (artículos 66 y 69). La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podría tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y

sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente (art. 55).³⁹

El Código Penal vigente, señala penas con dos términos uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. El precitado ordenamiento, en sus artículos 51 y 52, fija ciertas bases al juez para graduar la sanción en cada caso; el primero de estos artículos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrán en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; por otra parte, el artículo 52 ordena tomar en consideración la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño causado y del peligro corrido, la edad, educación, costumbres y la conducta precedente del sujeto, etc., los móviles que lo impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores de modo tiempo y lugar, a fin de determinar el grado de temibilidad, y por último se establece, que el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto, además, de los elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales.

³⁹ Ibídem. pág. 319.

Debe considerarse a las sanciones, como las consecuencias jurídicas del delito que nuestros ordenamientos penales sustantivos enlistan bajo el título de "Penas y medidas de seguridad" ya que es claro, que el sistema adoptado en orden a las sanciones, delata la orientación de los Códigos y por esta razón, las preocupaciones y soluciones de un sector destacado de la política de defensa social del Estado.

Es de estimarse que el ideal rector del Derecho Penal mexicano es y debe ser la readaptación social del penado; este interés domina el juicio de selección penal por obra del arbitrio del juzgador, mismo que como ya dijimos anteriormente, se encuentra contemplado en los artículos 51 y 52 del Código Penal y los actos del proceso ejecutivo, cuyo criterio integrador o interpretador es, precisamente dicha readaptación social.

Corrientemente se afirma que la individualización... constituye el interés medular del derecho penal contemporáneo, e incluso es uno de los fines específicos del enjuiciamiento correspondiente, ello plantea diversos requerimientos al personal enfocado en la administración de justicia y particularmente al juez penal.

Ahora bien, asimismo es frecuente sostener que el proceso de individualización, cuyo desideratum, de estricta equidad y pertinencia social, es decir, dar a cada quien lo suyo

y se desenvuelve en tres etapas que son: a).- La legislativa.- En esencia, una falsa individualización, en donde se regula el punto de la culpabilidad y se establece la calidad y la cantidad generales de las penas, luego ajustadas, por razones objetivas, en la parte especial del código, b).- La judicial.- En donde, con base en la penalidad relativamente indeterminada que se asocia a los tipos, en el esclarecimiento de la participación y de la responsabilidad y en el ejercicio de un pronóstico y un diagnóstico de personalidad, se dispone la sanción particular aplicable, y c).- La ejecutiva.- Que es en donde se avanza con más hondura en el examen y el tratamiento de la personalidad progresivamente hasta desembocar en la liberación.

De la individualización jurisdiccional, es instrumento único, el arbitrio del juez penal, cuya misión de "boca que pronuncia las palabras de la ley", ha sido sustituida por el papel, más dinámico, de indagador de la personalidad y creador activo de las condiciones de la readaptación. ⁴⁰

El citado arbitrio judicial, se sustenta en los artículos 51 y 52 del Código Penal, a su vez inspirados por el sistema equivalente del Derecho Argentino, de los que algún autor extrae la teoría del juez penal mexicano. Este al fallar condenatoriamente, ha de sancionar en vista de las circunstancias

⁴⁰ GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Introducción al Derecho Mexicano" Derecho Penal, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, pág. 40.

exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente, tal cosa obliga por supuesto al análisis de hechos de la participación y de la personalidad y por lo mismo, al despliegue de la inmediación judicial siendo obvia la necesidad de que el juez actúe asistido de peritos que le apoyen para el eficaz cumplimiento de su trascendente tarea.

Más sin embargo, se contemplan únicamente factores previamente establecidos para la individualización de la pena, sin considerar efectivamente, si la pena impuesta en la comisión de delitos -sobre todo, graves considerados así por la ley- y que además sean cometidos por pandillas, Asociaciones Delictuosas o en su caso, por la Delincuencia Organizada, sea la adecuada para castigar o rehabilitar al delincuente, toda vez que se dejan de tomar en cuenta, entre otros factores, el grado del daño ocasionado, la intensidad del sufrimiento padecido por la víctima y las consecuencias por las que habrá de pasar la misma; todo a causa del delito inferido, ya que en opinión de algunos autores, en muchos de este tipo de delitos, y por la forma de su ejecución, ni la pena de muerte podría ser suficiente castigo.

En este sentido, es importante recoger el pensamiento de la Escuela Clásica, que afirma que las penas deben ser de diversas clases, a fin de que los delincuentes sean castigados en forma cuantitativa y cualitativamente, según la gravedad del delito cometido.

CAPITULO 4

EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN LA ASOCIACION DELICTUOSA Y LA PANDILLA.

- 4.1. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.
- 4.2. PARTICIPACION CIUDADANA.
- 4.3. LA COMISION DE DELITOS GRAVES EN ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLA.
- 4.4. LA EXACTA APLICACION DEL ARTICULO 268 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Como perfectamente sabemos, el Ministerio Público, es en nuestro actual sistema, un organismo del Estado, de muy variadas atribuciones, es un órgano imprescindible, pieza fundamental del ejecutivo, para la investigación, prosecución y seguimiento de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público, desde el punto de vista de Fenech; éste lo define como "una parte acusadora necesaria de carácter público, encargada por el Estado a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal".⁴¹

Por otra parte, para Colín Sánchez, el Ministerio Público, es una institución dependiente del Estado, que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.⁴²

⁴¹ FENECH, Miguel. "El Proceso Penal", 3a. Edición, Edit. Aghsa, Madrid, 1978, pág. 64.

⁴² COLIN SANCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 9a. Edición, Edit. Porrúa, México, 1983, pág. 230.

Y en efecto, así es, el Ministerio Público es en nuestro actual sistema, un organismo del Estado, de muy variadas atribuciones, es un organismo del cual se requiere a cada momento en diferentes ámbitos, tanto en el ejercicio de la acción penal, como en la representación de la sociedad en diferentes esferas jurídicas, en donde sea imperiosa su intervención.

De lo anterior, se desprende que no podemos prescindir del Ministerio Público, ya que es pieza fundamental en el procedimiento penal.

Debiendo reconocer, que con el nacimiento de dicha institución, surge en nuestro sistema, la llamada acusación estatal, en la que, es un órgano del Estado, el encargado de ejercitar la acción penal; reprimiendo el delito y velando así por los intereses más altos de la sociedad.

Las principales atribuciones del Ministerio Público, se establecen en los artículos 21 y 102 de la Constitución General de la República, así como las que se encuentran contempladas en las respectivas leyes orgánicas y dentro de las cuales, podemos indicar que se encuentran, la investigación y persecución del delito, extendiéndose además a otras esferas de la administración pública, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social.

De tal suerte que el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público, pero el hecho de que corresponda a éste dicho ejercicio, no lo faculta para decidir libremente de ella, o que en su caso, se lleve a cabo en forma indiscriminada y sin control, como si fuera un derecho de su propiedad.

Precisamente, es el Ministerio Público, el encargado de ejercitar la acción penal correspondiente, en contra de quienes formen parte de una Asociación Delictuosa y en su caso, de quienes hayan cometido un delito en "Pandilla".⁴³

Más sin embargo, en nuestra realidad actual; y aún cuando la Asociación Delictuosa se encuentra debidamente tipificada y sancionada en nuestro Código Penal, por el sólo hecho de su existencia; no es, sino hasta el momento mismo en que ésta haya cometido algún delito y sus integrantes o quienes hayan sido detenidos por dicho motivo y que sean puestos a disposición del Ministerio Público, hasta ese entonces, se podrá ejercitar acción penal en su contra por el delito de Asociación Delictuosa, independientemente de las sanciones que les pudieran corresponder por el o los delitos que hubieren cometido.

Exactamente ocurre lo mismo, cuando varios sujetos se encuentran a disposición del Ministerio Público, por la comisión

⁴³ *Ibídem*, pág. 231.

de un delito, e independientemente que sean varios o uno solo ya que en su caso, será el propio órgano investigador, quien de acuerdo a las constancias que arroje la averiguación previa, quien determinará si el ilícito fue cometido en pandilla o por una pluralidad de sujetos diversa, a efecto de realizar la consignación correspondiente.

4.2. PARTICIPACION CIUDADANA.

Entre los caminos para solucionar los problemas que se presentan en la prevención del delito, procuración y administración de Justicia Penal, las ciencias penales y criminológicas, han considerado importante, la participación de las comunidades en la solución de dichos problemas, pues de los estudios realizados y experiencias vividas, resulta que son las pequeñas comunidades, en donde el control social se puede ejercer plenamente y en las cuales, sólo en pocas ocasiones interviene el control oficial, en virtud de ser los propios ciudadanos, los encargados de cuidar el cumplimiento de las normas establecidas.⁴⁴

Asimismo, los estudiosos han establecido que la prevención del delito, la aplicación y ejecución de la norma

⁴⁴ INSTITUTO DE CAPACITACION DE LA Procuraduría General de la República, "Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio", Edit. Amanuense, México, 1993, pág. 119.

penal, no puede ni debe ser tarea exclusiva de juristas, sino que también corresponde a las autoridades, a los especialistas en ciencias humanas y técnicas, pero sobre todo, al grupo colectivo o comunidad, ya que la participación de todos y cada uno, es necesaria para la debida aplicación de la ley. ⁴⁵

Pero lo cierto es que, en la realidad actual, en la mayoría de los países, los sistemas de control oficial son insuficientes; el anonimato de las grandes ciudades parece estimular a las personas a recurrir a estilos formales de conductas, como manifestaciones nuevas de delincuencia.

Actualmente los Estados de Derecho, han creado mecanismos tendientes a asegurar el cumplimiento de las garantías individuales, aún defendiendo a la población del propio Estado y para todo ello han empleado la técnica formal de la división de poderes y del principio de legalidad, aunque dichos mecanismos han sido insuficientes, pues hoy en día, los pueblos en sí, deben de ayudar a la salvaguarda de los bienes jurídicos de todo individuo, cooperando con órganos oficiales en el control social, en la planeación y toma de decisiones fundamentales, su intervención debe ser inmediata si los individuos quieren una mejor administración y procuración de justicia, dejando en el

⁴⁵ BANION, Michel, "Aplicación de la Ley y Control Social", Trad. Gustavo Barreto Rangel, Edit. Penguin Books, Nueva York, 1973, págs. 127 y 128.

pasado aquellos sistemas, en los cuales solamente el Estado se encontraba a cargo de los mismos.

Podemos dejar establecido que: problemas tan alarmantes como la explosión demográfica, la crisis, la economía del país, el hacinamiento en las grandes urbes, la desnutrición, el analfabetismo y el desempleo entre otros, han dado origen al incremento de la agresión, así como de conductas antisociales (inclusive no tipificadas penalmente), la saturación de trabajo en los Tribunales, la sobrepoblación en las cárceles, la insuficiencia de los cuerpos policíacos y el retraso en la administración de justicia.

En un país democrático que está constituido por un Estado de Derecho conforme a su norma fundamental o Constitución, en el cual se debe de tomar en cuenta la opinión pública y según los indicadores conocidos por las públicas manifestaciones y por algunas encuestas periodísticas, la población parece haber perdido confianza en una justicia penal, que considera en muchas ocasiones, demasiado indulgente y algunas otras demasiado severa.

El sistema de justicia penal, no puede ser ajeno a la realidad social, ya que sus nociones y criterios deberán estar apegados a esta realidad, evitando el camino hacia lo que pudiéramos llegar a considerar como una esquizofrenia social de la justicia penal.

Desde este punto de vista, podemos considerar que la participación ciudadana, es una parte esencial de un verdadero sistema democrático y un condicionante de su propia existencia; por lo que, la ciudadanía al asumir un papel verdaderamente activo en la prevención del delito, procuración y administración de justicia penal, adquiere la responsabilidad de lograr el bienestar común, conjuntamente con el Estado, este último, al ser receptor de las decisiones fundamentales, debe valerse de especialistas en la materia para darle forma y llevarlas a la práctica, pero para lograr esa relación entre la comunidad y el Estado, éste debe motivar a la población a ser parte activa, tomando en cuenta también que los medios de comunicación son un factor crítico para crear un ambiente social y psicológicamente ideal; y que los mismos, actúan con el sistema de justicia penal, de la siguiente forma: a).- Divulgan la información relativa a los procesos, b).- Constituyen un foro de debate público, y c).- Configuran la opinión pública acerca de los problemas de justicia penal.

También es importante señalar, que entre más sobrepoblación y hacinamiento existan, serán mayores los delitos registrados, por lo tanto, más policías para someter los casos al sistema de justicia penal, así como una tendencia a utilizar con mayor frecuencia la reclusión y por lo mismo, un incremento masivo en la necesidad de servicios judiciales.

Aparejado a lo anterior, tenemos la crisis económica mundial, la cual dá origen a que el presupuesto de los Gobiernos sea encaminado a otro tipo de prioridades, tales como la educación, alimentación y la salud y quedando en un segundo plano, la administración de justicia, la que exige cada día un mayor capital para poder realizar las funciones propias, y es precisamente por esto, que se trata de buscar otros sistemas de control social, entre los que destaca la participación comunitaria, requiriéndose desde luego por parte del Estado, que convoque a la población a asistir a foros previamente establecidos y manifieste sus ideas, contemplando el hecho de que los ciudadanos expongan sus problemas y asimismo propongan soluciones a los mismos.

De esta forma, es preciso que se adquiriera el compromiso, por parte del organismo estatal o federal respectivo de estudiar dichos planteamientos, dándoles forma por conducto de un grupo de especialistas, los que harán la propuesta al órgano de gobierno correspondiente para que se le dé forma de ley, sean modificadas las existentes, o bien, elaborar los planes y programas correspondientes que lleven a la práctica las propuestas ciudadanas para una mejor administración y procuración de justicia.

La colaboración de la sociedad en la prevención del delito, es un elemento importante para evitar el aumento

progresivo de conductas delictivas, comenzando desde luego, en el núcleo familiar, continuando en la escuela y cerrando el círculo, en la colectividad, fomentando en el individuo, una conciencia de valores fundamentales, de respeto al semejante y apoyo a la comunidad en la que habita.

La cooperación de la población con las autoridades es indispensable, porque muchas veces en materia penal, la población no acude a las autoridades u oculta información por temor a las represalias de los delincuentes, y en otras tantas ocasiones, también temen a la actitud que puedan tomar los servidores públicos que se encuentran inmersos en este tipo de situaciones, logrando con esto, solamente la impunidad del o de los delincuentes, quienes al ver estas reacciones de los ciudadanos comunes, así como el alto grado de intimidación que pueden ejercer sobre sus víctimas, vuelven a delinquir y en el mayor de los casos, con mayor ímpetu o visto de otra forma, hasta con mayor violencia.

También las víctimas de los delitos, tratan de hacer una valoración real de todo el tiempo y dinero que tienen que invertir, al tratar de solicitar y obtener que se les haga justicia, siendo en muchas ocasiones contraproducente, razón por la cual prefieren olvidarse de la denuncia presentada, dejando inconclusa la investigación o el procedimiento, según sea el caso

o el grado de avance que el asunto tenga, o bien, optan tan sólo, por no presentar la denuncia o querrela.

Por lo tanto, se debe motivar a la población, a denunciar los delitos o cualquier tipo de anomalías que se llegaren a encontrar en los procedimientos, ya sean administrativos o judiciales haciendo del conocimiento de la ciudadanía en general, la protección brindada a la víctima del delito por parte del Estado a través de los organismos previamente creados para tal fin, así como de los medios masivos de comunicación e implementarse en los programas educativos, en caso de que no exista reglamentación al respecto, deberá ser creada y aplicarse en beneficio de la administración y procuración de justicia, de la comunidad en sí.

4.3. LA COMISION DE DELITOS GRAVES EN ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLA.

En términos generales, el delito es una conducta que la sociedad considera contraria a sus valores, y por esa razón, la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante, desde el punto de vista moral o material para el individuo que ha transgredido la norma y que debe ser castigado. Este es por supuesto, un concepto general basado en las reacciones sociales originales y que ha evolucionado a lo

largo del tiempo, planteando nuevas finalidades a la sanción que la propia sociedad impone, la más reciente de ellas, la idea de que esa sanción debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales porque se estima que la propia sociedad genera el fenómeno delictivo.

Esto es importante, con la finalidad de comprender con claridad el fenómeno delictivo, entender su esencia y saber, en su caso, qué instrumentos pueden ser eficaces en el combate al delito que a él le afecta o que le puede afectar.

Por lo tanto, partimos de la base de que el delito es un fenómeno connatural a la sociedad, ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente mientras la humanidad sea humanidad, el mismo, no se erradique por completo, empero la lucha contra el delito a lo largo del tiempo se ha ido transformando mediante el empleo de instrumentos científicos que permiten analizar las conductas delictivas y diseñar los métodos para enfrentarlas.

Así, encontramos que el delito puede manifestarse como el resultado de diversas causas: la necesidad, la reacción violenta de venganza en contra de algo o de alguien, la envidia; toda la variedad de impulsos anímicos por los que un individuo transgrede o viola las normas jurídicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el delito no tenga una causa circunstancial, sino que sea deliberadamente realizado como una forma de obtener ingresos o de lograr la satisfacción de algún tipo de pasión o desviación psicológica. De esta forma, puede ser que alguien se dedique sistemáticamente a robar con el fin de lograr los recursos necesarios para su subsistencia o bien para hacer fortuna, o bien que alguien sea un violador sistemático, que tienda a satisfacer una perversión dirigida a la violencia y al ataque sexual. ⁴⁶

Este tipo de razonamientos normalmente nos muestran que en una primera instancia, podríamos distinguir entre el o los delincuentes ocasionales o circunstanciales, quienes cometen un delito por razones que no corresponden a una conducta sistemática, y delincuentes que operan de manera permanente en la comisión de uno o varios delitos, sea o no lucrativo.

La permanencia de la acción delictiva, la acción constante como forma de lograr esa satisfacción buscada, puede llegar a tener una sofisticación adicional, que es la participación, no de una sola persona, sino de varias, además de los métodos, medios y forma de operar, distinguiéndose en la forma de reunirse y en su estructura para agruparse, ya sea en forma permanente o transitoria u ocasional, para la comisión de

⁴⁶ ANDRADE SANCHEZ Eduardo. "Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado", UNAM. Senado de la República. LVI Legislatura, México, 1996, págs. 14 y 15.

determinado tipo de delitos, lo cual establece una marcada diferencia entre la Pandilla y la Asociación Delictuosa.

Tenemos entonces, no sólo la persistencia del fenómeno delictivo reiteradamente cometido por una persona, sino incluso una acción continua y repetida, cometida por un grupo de personas.

Asimismo, debemos distinguir entre la agrupación formada para la comisión de un delito, de manera circunstancial u ocasional, de aquella que se genera con el propósito de ser permanente para efectuar un conjunto de acciones delictivas en forma reiterada y con una finalidad determinada.

Podemos redundar entonces, que la diferencia existente entre la pandilla y la asociación delictuosa, estriba que en la primera estamos frente a un tipo de delincuencia producida por una reunión o agrupación de carácter ocasional, mientras que en la segunda, es una asociación permanentemente organizada y con objetivos perfectamente definidos.

El fenómeno delictivo puede ser simultáneamente ocasional y asociativo, y en tal caso, al no ser la asociación permanente, no nos encontramos en presencia de lo que actualmente puede llamarse delincuencia organizada; renglón dentro del cual

únicamente podría quedar incluida la figura típica correspondiente a la Asociación Delictuosa.

Como ejemplo, podemos establecer el delito de violación tumultuaria, que supone la acción de un grupo de personas, que pueden quizá decidir en un momento dado, la realización del acto delictivo y consumarlo, pero esa naturaleza colectiva o asociada del fenómeno, si no tiene la finalidad de permanecer y de convertirse en un método o forma para la realización constante de los delitos (cualquiera que sea la naturaleza de los mismos), no presenta el elemento de permanencia que es indispensable para considerar al hecho delictivo antes citado, como organizado.

Igualmente podemos pensar en un grupo que decide apoderarse de pronto, de alguna cosa, pero que no tiene una organización permanente para la realización de ese tipo de delitos, sino que lo realizan en una forma espontánea y ocasional, independientemente que los sujetos que integran el grupo, se reúnan habitualmente con otros fines que no sean delictivos.

En términos generales, la mera organización, como característica del fenómeno delictivo, puede aparecer en cualquier sociedad y estar en referencia a cualquier delito; es pues, la permanencia de la organización, un elemento definitivo de la Asociación Delictuosa.

Por otra parte, hay que hacer alusión también a las motivaciones y finalidades que mueven a las organizaciones delictivas que han ido apareciendo y diversificándose en el curso de los años. En primera instancia parecería que la organización delictiva típica, tiene como finalidad la obtención de beneficios económicos dado que los recursos que se necesitan para la propia organización y el control de sus miembros, parecen adecuarse con mucha mayor facilidad a aquella delincuencia cuyo beneficio es netamente material.

Sin embargo, dentro de la esfera antijurídica en la que se desenvuelve este tipo de delincuentes; excepcionalmente pueden obedecer sus objetivos, a propósitos distintos de la obtención de beneficios.

Uno de los delitos que pueden considerarse de mayor trascendencia en nuestros días y que es considerado como uno de los más graves, es sin duda el terrorismo, mismo que en un alto índice proviene de una convicción ideológica, de la idea de que para obtener una finalidad específica de tipo político, es necesario recurrir a la violación de la ley establecida.

Así pues, tenemos que la transformación de un orden social por otra que se considera más justo, o la reivindicación de autonomías para un determinado pueblo pueden convertirse en causas que generan la organización de varios individuos para la

comisión de conductas delictivas, tendientes al objetivo de justicia buscado. ⁴⁷

Puede haber causas de tipo moral, no necesariamente político, en la creación de asociaciones permanentes para delinquir; pensemos en los casos de las agrupaciones de personas que estiman que la ley favorece a los delincuentes y que se deciden a ejecutar a quienes han cometido crímenes, pero que, por deficiencias técnicas en el proceso, han resultado absueltos. En este caso, no hay una finalidad económica o lucrativa, tampoco reivindicación política, sino supuestamente la realización de una acción moralmente justa, que permite deshacerse de delincuentes que han violado las leyes y se han aprovechado de ellas para quedar impunes.

Excepcionalmente puede darse el caso, de que se organice una Asociación Delictuosa para cometer delitos como el de violación, el cual parecería muy ajeno a las características de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, ya que en ésta, se persiguen más bien, fines frívolos y materiales, encaminados principalmente a obtener poder y fortuna que a satisfacer simplemente momentáneas; pudiéndose atribuir más fácilmente este tipo de delitos, a una pandilla, en la cual inclusive, se podría cometer este delito, simplemente hasta por

⁴⁷ Ibídem. pág. 16.

diversión o para tratar de demostrar entre sus miembros, quien es el más valiente o el más hombre.

Esto nos demuestra entonces, que no hay, desde un punto de vista teórico ni práctico, la posibilidad de considerar que un delito, por su propia naturaleza, es organizado o no; ya que la organización es una característica externa que puede darse respecto de cualquier tipo de delitos.

Otro caso es el del secuestro o el del asalto bancario, el cual, generalmente requiere de una organización previa de varios sujetos para su realización, no obstante y aún en una forma muy aislada, se han llegado a dar casos de la comisión de este tipo de delitos, por una sola persona.

Entonces pues, hay delitos que de manera normal se prestan más para la organización, sin embargo excepcionalmente pueden ser cometidos individualmente, y a la inversa, hay delitos que parecen no adecuarse a una comisión organizada, pero que también, eventualmente, pueda haber una banda o pandilla que los cometa de esa forma.

4.4. LA EXACTA APLICACION DEL ARTICULO 268 Bis
DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA
EL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo a todo lo estudiado con anterioridad, y en vista del enorme incremento criminógeno, así como del peligro latente en el que vive actualmente la sociedad, es claro precisar que tanto la ciudadanía, como las autoridades correspondientes, se han dado a la tarea de buscar las soluciones más inmediatas para el combate a la delincuencia, y en este sentido, también es pertinente dar el crédito debido a nuestros legisladores, quienes en un esfuerzo conjunto, han establecido nuevas disposiciones jurídicas para tal efecto, siendo un claro ejemplo, la adición realizada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, del artículo 268 bis, el cual nos indica.

Artículo 268 bis.- En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en el artículo 150, con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; violación previsto en el artículo 265, 266, 266 bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a VI, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo

calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis, y el de extorsión previsto en el artículo 390.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley".

En estas condiciones, es de notoria relevancia, que con estas modalidades adicionadas con el precepto legal que se estudia, se otorga al Ministerio Público una mayor amplitud para el desempeño de sus funciones en la investigación de los delitos, sobre todo, en aquéllos cometidos por tres o más personas organizadas bajo reglas de disciplina y jerarquía, momento en el cual, dicho órgano investigador está facultado para poder ampliar el término de la detención.

Sin embargo, conforme al planteamiento realizado en el presente trabajo, y a las diferencias señaladas entre la Asociación Delictuosa y la Pandilla, podemos observar que no podría aplicarse dicho precepto a esta última, toda vez que no reúne los requisitos de delincuencia organizada bajo reglas de disciplina y sobre todo de jerarquía.

Por otra parte, se deberá tener un especial cuidado al momento de realizar la consignación correspondiente, así como también, al momento de determinar sobre la detención del o de los detenidos, a efecto de evitar errores técnicos que se han suscitado últimamente en la procuración y administración de justicia.

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

PRIMERA.- Dentro de los muchos motivos, por los cuales podemos establecer que se dá la formación de "Pandillas", es por la agrupación de niños y jóvenes que se revelan ante la sociedad, como resultado lamentable de hogares disueltos, extrema pobreza y una precaria educación, entre otros factores.

SEGUNDA.- En los sujetos que llegan a formar parte de las pandillas, predominan sentimientos apasionados, tales como la venganza en contra de algo o alguien, así como la envidia. Siendo un común denominador entre ellos, la imagen que tienen de sí mismos.

TERCERA.- Puede considerarse a la "Pandilla", como un tipo de delincuencia colectiva sedentaria, toda vez que actúan en un determinado territorio, mismo que puede fijarse en una colonia, un barrio, una calle o cuadra, etc., sin llegar a extenderse más allá de dichos límites, lo que puede llegar a ocurrir en ocasiones muy especiales.

CUARTA.- Existe una marcada influencia negativa, y no sólo para la simple creación de las pandillas, sino además en lo que se refiere a la comisión de delitos considerados como graves por la ley y que son cometidos por este tipo de grupos, la que es

adquirida en un índice muy elevado, a través de la mercadotecnia electrónica y especialmente en programas de televisión, con marcadas escenas violentas.

QUINTA.- Desde el momento mismo en que un individuo acepta formar parte de un grupo o pandilla, independientemente con qué frecuencia se reúna ésta, o aún cuando sea por una sola vez, desde ese mismo momento acepta de antemano, la realización de determinado tipo de conducta y por consiguiente, las consecuencias de la misma.

SEXTA.- Una propuesta para combatir a la "Pandilla", tratando de equipararla como un delito autónomo, es que se sancione el hecho mismo de pertenecer a ésta, independientemente de los delitos que la misma pudiera llegar a cometer, por los cuales, merecería sanción aparte.

SEPTIMA.- Existe la necesidad jurídica de considerar a la "Pandilla" como un delito autónomo, desde el momento mismo en que ésta existe, por encontrarse reunidos en la especie, los elementos necesarios para poder adecuarlos a un tipo penal, considerando dicha necesidad, como una posibilidad real; que permita al legislador valorar que la pandilla es un delito colectivo que reúne en gran medida, las características que tiene la Asociación Delictuosa.

OCTAVA.- La autonomía de la "Pandilla", se considera, respecto de la no dependencia de la comisión de un delito, para la aplicación de la sanción que le corresponda a la misma, sino que debe ser sancionada desde el momento mismo de su existencia.

NOVENA.- Debemos considerar entonces, que tanto la pandilla, como la asociación delictuosa, son figuras delictivas de mera conducta (formal), y de peligro, el cual se consuma desde el momento mismo de tomar participación en una reunión de tres o más personas que con el tipo de conducta adoptada, lleguen a crear en la sociedad, un sentimiento de temor o inseguridad, independientemente de la habitualidad de reunirse o de que llegaren o no a cometer un delito.

DECIMA.- Las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de una organización previa y de una jerarquización establecida con anterioridad al hecho, así como de una cierta permanencia, en éstas, predomina lo mecánico e intuitivo sobre las funciones mentales, de donde resulta que sus integrantes nunca saben que es lo que persiguen o lo que quieren, pero sí lo que desean destruir o lo que odian; presentándose en forma aislada y desarrollando una acción directa e inmediata.

DECIMOPRIMERA.- Puede quedar establecido que: Cuando en la comisión de un delito determinado intervienen dos o más personas, se dice que existe participación criminal, salvo que la

pluralidad de agentes esté impuesta por la propia naturaleza del hecho delictivo, como en la Asociación Delictuosa, en la que la intervención de varios sujetos no implica necesariamente una participación en sentido estrictamente jurídico.

DECIMOSEGUNDA.- Tanto en la "Pandilla", como en la "asociación delictuosa", se lesiona la SEGURIDAD PUBLICA, la paz social, etc., independientemente de que se llegue a cometer o no algún delito en particular, y por ese solo hecho, deben merecer un castigo sus miembros, el cual se encuentra debidamente previsto en el artículo 164, y asimismo debiera estar contemplado también en el artículo 164 Bis, ambos del Código Penal para el Distrito Federal.

DECIMOTERCERA.- Con la existencia de la Asociación Delictuosa y la Pandilla, nos encontramos en presencia de delitos de peligro, independientemente del daño o lesión que pudiera ocasionarse posteriormente; existiendo una estrecha relación con el bien jurídico protegido.

DECIMOCUARTA.- Podemos considerar que la participación ciudadana es un elemento esencial para lograr un verdadero sistema democrático, ya que la población en general, al asumir un papel activo en la prevención del delito, en vigilar la procuración y administración de justicia, adquiere la responsabilidad de lograr un bienestar común; comenzando desde

luego, en el núcleo familiar, continuando en la escuela y abarcando la colectividad, fomentando en cada individuo, los valores más fundamentales de respeto al semejante y de apoyo a la comunidad.

DECIMOQUINTA.- Existen delitos que se prestan para ser cometidos individualmente, pero que sin embargo, excepcionalmente, pueden llegar a cometerse en forma organizada o colectivamente, y a la inversa, los hay, en los que se requiere estar debidamente organizados para cometer un delito, pero que en forma muy eventual se pueden cometer por un solo individuo, por lo que, la peligrosidad se determinará en cada caso concreto.

DECIMOSEXTA.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los delitos cometidos en Pandilla, quedarían exceptuados de la norma establecida en dicho precepto, por cuanto hace a que el Ministerio Público, se verá impedido para poder ampliar el término de la Averiguación Previa, toda vez, que actualmente a la Pandilla no se le considera como Delincuencia Organizada, en virtud de que no reúne las características de estar bajo reglas de disciplina y jerarquía, por lo que, si dentro de las cuarenta y ocho horas no se ha integrado la Averiguación correspondiente, se deberá dejar en libertad a los detenidos que hayan cometido un delito en "Pandilla".

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

- 1.- ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. "Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado", UNAM. Senado de la República. LVI Legislatura, México, 1996.
- 2.- BANION, Michel. "Aplicación de la Ley y Control Social", Ed. Penguin Books. Trad. Gustavo Barreto Rangel, Nueva York, 1973.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano. Parte General", 12a. Edición, Edit. Porrúa, México, 1977.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. "Código Penal Anotado", Ed. Porrúa, México, 1997.
- 5.- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959.
- 6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General", Edit. Porrúa, México, 1986.
- 7.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 9a. Edición, México, 1983.
- 8.- DON C., Gibbons "Delincuentes Juveniles y Criminales", Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- 9.- ESCRIVA GREGORI, José María. "La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal", Edit. Bosch Casa Editora, S.A., Barcelona, 1976.
- 10.- FENECH, Miguel. "El Proceso Penal", 3a. Edición, Edit. Agesa, Madrid, 1978.
- 11.- FONTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

- 12.- FONTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Tomo III. 2a. Edición, Edit. Abeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- 13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Introducción al Derecho Mexicano. Derecho Penal, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1981.
- 14.- GOMEZJARA, Francisco. "Una Aproximación Sociológica a los Movimientos Juveniles y el Pandillerismo", Revista de Estudios sobre la Juventud, CREA, año 3, N° 8, México. Julio 1983.
- 15.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Código Penal Comentado", Edit. Porrúa, México, 1992.
- 16.- GONZALEZ DEL SOLAR, José H. "Delincuencia y Derecho de Menores", Edit. De Palma, Buenos Aires, 1986.
- 17.- GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1986.
- 18.- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, "Selecciones del Reader's Digest, Tomo IX, 1979.
- 19.- Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, "Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio", Edit. Amanuense, México, 1993.
- 20.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Buenos Aires, 1958.
- 21.- LAVALLE URBINA, Mario. "La Delincuencia Infantil", Ediciones Jurídico-Políticas, México, 1948.
- 22.- MEZGER, Edmund. "Derecho Penal. Parte General", Trad. Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Judiciales de Córdoba. Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

- 23.- PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Asociaciones Ilícitas en el Código Penal", Edit. Bosch. Casa Editora, S.A., Barcelona, 1978.
- 24.- PAVON VASCONCELOS, Francisco y Gilberto Vargas López. "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1981.
- 25.- REYES ECHANDIA, Alfonso. "Criminología", 8a. Edición, Edit. Temis, Bogotá Colombia, 1991.
- 26.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. "La Delincuencia de Menores en México", Edit. Botas, México, 1971.
- 27.- SAINZ CANTERO, José A. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", 3a. Edición, Edit. Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990.
- 28.- VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano. Parte General", 5a. Edición, Edit. Porrúa, México, 1990.
- 29.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General", Edit. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988.

L E G I S L A C I O N

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- 2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.
- 4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 5.- LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.
- 6.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. DECRETO DEL 2 DE ENERO DE 1968.
- 7.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. DECRETO DEL 3 DE ENERO DE 1989.
- 8.- CODIGO PENAL COLOMBIANO.