

# Marco jurídico de la delincuencia organizada en México.

Una reflexión en el contexto global



Miriam Elsa Contreras López

*Biblioteca*  
Universidad Veracruzana

Esta obra se encuentra disponible en Acceso Abierto para copiarse, distribuirse y transmitirse con propósitos no comerciales. Todas las formas de reproducción, adaptación y/o traducción por medios mecánicos o electrónicos deberán indicar como fuente de origen a la obra y su(s) autor(es).

Se debe obtener autorización de la Universidad Veracruzana para cualquier uso comercial.

La persona o institución que distorsione, mutile o modifique el contenido de la obra será responsable por las acciones legales que genere e indemnizará a la Universidad Veracruzana por cualquier obligación que surja conforme a la legislación aplicable.

*Biblioteca*

---

MARCO JURÍDICO DE LA DELINCUENCIA  
ORGANIZADA EN MÉXICO  
Una reflexión en el contexto global

UNIVERSIDAD VERACRUZANA

*Raúl Arias Lovillo*

Rector

*Porfirio Carrillo Castilla*

Secretario Académico

*Víctor Aguilar Pizarro*

Secretario de Administración y Finanzas

*Leticia Rodríguez Audirac*

Secretaria de la Rectoría

*Agustín del Moral Tejeda*

Director General Editorial

**Miriam Elsa Contreras López**

**MARCO JURÍDICO  
DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA  
EN MÉXICO**

Una reflexión en el contexto global



Universidad Veracruzana  
Dirección General Editorial

*Biblioteca*  
Xalapa, Ver., México  
2012

Diseño de portada: Queta

Clasificación LC: KGF5693 C664 2012  
Clasif. Para Derecho: KJ470.MX C664 2012  
Clasif. Dewey: 345.7202  
Autor: Contreras López, Miriam Elsa  
Título: Marco jurídico de la delincuencia organizada  
en México : una reflexión en el contexto global /  
Miriam Elsa Contreras López.  
Edición: Primera edición  
Pie de imprenta: Xalapa, Ver., México : Universidad Veracruzana,  
2012.  
Descripción física: 227 p. ; 21 cm.  
Serie: (Biblioteca)  
Nota: Bibliografía: p. 217-226.  
ISBN: 9786075021393  
Materias: México. Ley federal contra la delincuencia  
organizada--Crimen organizado--Leyes y  
legislación--México--Globalización.

DGBUV 2012/13

Primera edición, 17 de febrero de 2012

© Universidad Veracruzana  
Dirección General Editorial  
Hidalgo 9, Centro, Xalapa, Veracruz  
Apartado postal 97, C. P. 91000  
diredit@uv.mx  
Tel/fax (228) 818 59 80, 818 13 88

ISBN: 978-607-502-139-3

Impreso en México  
Printed in Mexico

*A mi madre*  
*Rebeca López González*

*A mi esposo*  
*Rey Martínez Franco*

*A mi hijo*  
*Ian Rey Martínez Contreras*

*A mi hermana*  
*Rebeca E. Contreras López*





## INTRODUCCIÓN

La delincuencia organizada es un problema que afecta seriamente al país. Su definición es compleja ya que el concepto legal que la alude hace referencia más a una forma de actuar, a un método, que a una realidad concreta. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) señala en su artículo 16: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la Ley de la materia”. De acuerdo con la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO) existe ese tipo de organización delictiva cuando tres o más personas se organizan para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer algún o algunos de los delitos siguientes: terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados y de órganos, corrupción de personas, pornografía, turismo sexual o lenocinio en contra de menores o incapaces, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y trata de personas. Es una realidad que a través de las normas jurídicas se persigue este fenómeno sin poder darle alcance. El Estado se ha visto rebasado por el poder que los grupos organizados tienen no solo por la violencia que ejercen sino también por la capacidad económica, tecnológica e inclusive política que han conseguido.

La globalización, en sus diversas manifestaciones, es un proceso que no cesa en la transformación de la vida cotidiana. No obstante que definir el concepto globalización es complejo,

no puede negarse la existencia de todas las características que se le atribuyen y que, entre otras cosas, impactan por la forma de actuar de los grupos delincuenciales organizados, de tal manera que la investigación, la persecución, la sanción y, aún más, la prevención de las actividades ilícitas que se realizan en el mundo donde las fronteras geográficas parecen inexistentes es mucho más difícil que en el caso de la delincuencia común.

Este trabajo tiene como eje de análisis el marco legal que se aplica a la delincuencia organizada, lo cual, ineludiblemente, lleva a comentar los instrumentos jurídicos internacionales más relevantes sobre el tema y que al contextualizar el problema en México desemboca en el estudio de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO), que es el ordenamiento en la materia.

Clarificar la relación entre la delincuencia organizada y la globalización no es tarea sencilla, sobre todo porque el análisis se basa en las normas jurídicas aplicables y porque no existe una legislación internacional vinculante sino solo algunos acuerdos para incluir determinadas reglas en el derecho de cada estado-nación así como para prestar colaboración entre los gobiernos con el propósito de combatir al crimen organizado, lo cual es una de las posibilidades reales más viable para disminuir el problema, ya que no se puede luchar con las restricciones que cada derecho nacional impone para actuar fuera de sus límites fronterizos.

Este tipo de criminalidad se distingue por el ámbito territorial en el que opera: local –en una comunidad, municipio o estado determinado–, nacional –en varias ciudades o estados– y transnacional –transfronteriza, con conexiones entre organizaciones delincuenciales que forman redes en el mundo.

Esta forma de delincuencia ha rebasado fronteras y se fortalece cada vez más, mostrando la vulnerabilidad de los

Estados para hacerle frente. Por su parte, el catálogo de garantías constitucionales en materia penal representa la transformación de un derecho penal represor, de venganza, en uno científico y garantista. La lucha contra la delincuencia organizada y el respeto a las garantías de los gobernados son trascendentes para lograr una convivencia social pacífica, de tal manera que por muy grave que sea el problema no se deben pasar por alto los derechos de las personas, incluidas las consideradas sujetos activos de este delito por la forma de actuar para cometerlo.

Los objetivos principales de la investigación son: contextualizar el fenómeno de la delincuencia organizada para identificarlo como un problema complejo, sin un adecuado marco normativo; delimitar las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Personas y Sustancias Psicotrópicas (CNUITESP); las de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT), así como las de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO), y a partir de ello contrastarlas con las garantías constitucionales en materia penal a fin de determinar si en este ámbito subsiste un derecho penal garantista o, por el contrario, una relativización de dichas garantías. También, si estamos ante una transformación de los principios del derecho penal o simplemente ante nuevas disposiciones jurídicas que se aplican en forma específica a la delincuencia organizada.

Se incorpora, además, un análisis sobre lo que se ha denominado derecho penal del enemigo, para discernir si en la LFDO se advierte una tendencia hacia él. Aspectos importantes porque no se debe pasar por alto que la seguridad jurídica de los gobernados, a través del combate eficaz a la delincuencia, es tan importante como el respeto a las garantías de los mismos.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos: globalización y delincuencia organizada; algunos instrumentos internacionales contra la delincuencia organizada; análisis de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*; y nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada: una tendencia hacia el derecho penal del enemigo, que pretende indagar sobre si los nuevos ordenamientos jurídicos en el tema representan una tendencia hacia ese tipo de derecho penal. Este último tema es medular porque de él se derivan cuestiones de sumo interés como la intervención de las comunicaciones privadas, la utilización de agentes infiltrados, la afectación a la libertad personal y la negociación del derecho penal, entre otras. Las reflexiones permiten llegar a conclusiones sobre los objetivos propuestos.

## I. GLOBALIZACIÓN Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

La delincuencia organizada es un tema jurídico, social, político y económico de actualidad. Su importancia y dificultad radica en el hecho de que rebasa fronteras no solo territoriales sino de la aplicación de la ley y, por lo tanto, de la jurisdicción de los tribunales.

Una organización criminal organizada no es fácil de ubicar e identificar, ya que muchas veces no actúa solo en un país, e incluso sus integrantes no pueden ser reconocidos en lo individual sino únicamente en razón de la actividad que desarrollan o de la función que cumplen como grupo o cártel. Por eso, resulta complicado garantizar hasta los derechos de quienes se presume forman parte de esos grupos, ya que puede haber conflicto de leyes, vulneración a las garantías de seguridad jurídica y falta de precisión en cuanto a las conductas que deben sancionarse, entre otros.

La dificultad se incrementa cuando se sitúa el problema en el contexto de la globalización, ya que en el ámbito internacional, al no estar bien identificado ni definido y al no tratarse de un tema solo económico sino jurídico, social y político, problematiza la acotación de conceptos y la delimitación de contenidos.

El objetivo de este capítulo es precisar el concepto globalización, determinar sus características, su alcance, su influencia en el contexto del derecho, específicamente en el penal, así como en la delincuencia organizada, y explorar el marco jurídico aplicable al fenómeno.

## Características de la globalización

Generalmente se señalan las características de algo después de definirlo. Expresar las de la globalización antes de conceptualizarla puede parecer metodológicamente incorrecto; sin embargo, la falta de precisión en el concepto nos hace optar por este orden de exposición para tratar de llegar, en el siguiente capítulo, a un planteamiento básico de lo que se indaga.

Definir un concepto de globalización es tarea difícil porque lo que se ha hecho hasta ahora ha sido caracterizar el fenómeno, considerado por algunos como un proceso. Para precisar un concepto que guiara el desarrollo de la investigación revisamos las características que algunos autores señalan.

Para José Eduardo Faria, la globalización es un suceso complejo caracterizado, entre otros aspectos, por la integración de mercados, la descentralización y la fragmentación del poder, la disolución de fronteras geográficas, la desconstitucionalización y la deslegalización de los derechos sociales; es decir, es un hecho que rebasa los aspectos eminentemente económicos e intensifica las situaciones de interdependencia a escala mundial, que desterritorializa las relaciones sociales, donde los Estados se descubren materialmente limitados en su autoridad decisoria, pues el ejercicio del poder y la autoridad ya no se define por límites jurídicos y territoriales nacionales.<sup>1</sup>

Por su parte, Paschoal Rossetti,<sup>2</sup> en su discurso sobre la interdependencia de las naciones, señala como requisitos del proceso de globalización:

---

<sup>1</sup> José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, pp. 9-8.

<sup>2</sup> José Paschoal Rossetti, *Introducción a la economía*, pp. 807-810.

1. *La integración.* Menciona la consolidación de los procesos de integración económica y política de las naciones, que se revelan en lo que llama nuevas esferas de coprosperidad, y señala como ejemplo la constitución de bloques económicos en todos los continentes, así como los acuerdos multilaterales para el establecimiento de áreas de libre comercio donde se remueven las barreras nacionales de protección.
2. *Empresas multinacionales.* Se refiere al crecimiento numérico de las mismas y a su mayor expresión en la comunidad mundial de negocios; además, afirma que dos terceras partes de las corrientes de comercio mundial son transacciones inter e intraempresas multinacionales.
3. *Tecnología en áreas clave.* Indica que se han presentado reducciones de costos asociados a los adelantos tecnológicos y que esto ha sido relevante para el impulso de las transacciones globales.
4. *No reglamentación y liberalización.* Aduce que las políticas públicas en tal sentido han derivado del creciente empeño de los gobiernos nacionales para mejorar los patrones de los atributos construidos de competitividad, por medio de mayores coeficientes de apertura a productos y a factores reales y financieros, en detrimento de las barreras proteccionistas.

Es decir, señala características específicamente económicas; sin embargo, más adelante reflexionaremos sobre el alcance de este proceso de globalización en otras áreas del conocimiento y de la convivencia humana.

Por su parte, André-Jean Arnaud distingue como características de la globalización un cambio en los modelos de producción, importancia creciente de acuerdos comerciales entre naciones, ajuste estructural que pasa por la privatización y la

disminución del papel del Estado, tendencia generalizada a la democratización, a la protección de los derechos del hombre y al renovado interés por el estado de derecho y la aparición de actores supranacionales y transnacionales que promueven la democracia y la protección de los derechos del hombre, es decir, amplía la caracterización de este fenómeno y pone énfasis, entre otros aspectos, en la protección de los derechos humanos.<sup>3</sup>

Mencionamos estos autores solo como una muestra de la tendencia a caracterizar, más que a definir, el proceso de globalización. Por ello, una tarea que nos proponemos es presentar un concepto de globalización que nos sirva de guía, aunque de ninguna manera lo consideramos acabado.

### **Concepto de globalización**

Conceptuar la globalización es bastante complejo, ya que es un fenómeno que surgió eminentemente como económico pero que ha trascendido esa esfera, como lo comentaremos más adelante; sin embargo, dentro de algunos seminarios realizados en el grupo de trabajo del proyecto denominado Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización,<sup>4</sup> llegamos, en forma inicial, a lo que denominamos “nuestro concepto” en los términos siguientes: Globalización es el proceso complejo que parte de la integración de mercados y de la expansión tecnológica, en el que la regulación política y jurídica se comparte entre actores nacionales y supranacionales y en el que se transforma el tiempo y el espacio de las relaciones sociales y se modifica el ejercicio del poder del estado-nación.

---

<sup>3</sup> André-Jean Arnaud, *Entre modernidad y globalización*, pp. 33-34.

<sup>4</sup> Avalado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).



Hablar de proceso implica surgimiento y evolución; sin embargo, no hay consenso acerca del momento en que surgió la globalización, aunque es indudable que esta manifestación existe y tiene múltiples facetas que la convierten en un proceso complejo en constante transformación, debido a lo cual, sin afán de ser pesimistas, parece que el acuerdo para precisar este concepto, ya no a sus efectos, no logrará dar alcance a la acelerada evolución del fenómeno. Por ello, aunque estamos inmersos en dicho desarrollo, parece que no tenemos el control de él, que su propia dinámica ha rebasado la capacidad de comprensión y de intervención del ser humano. Además, la globalización se modifica a cada momento debido a que surgen avances tecnológicos que generan nuevas formas de interacción. Como dice Ianni: “La globalización no es un hecho consumado sino un proceso en marcha. Enfrenta obstáculos, sufre interrupciones, pero se generaliza y profundiza como tendencia”.<sup>5</sup>

Nuestro concepto se presenta como una guía para el trabajo de investigación y en él se consideran aspectos no solo económicos sino también jurídicos, sociales y políticos. Apuntamos desde ahora que lo usamos como marco de exploración del tema concreto de la delincuencia organizada, que es el punto neurálgico de nuestra indagación.

### **¿Fenómeno solo económico o general?**

Titular así este apartado obedece a la reflexión sobre si la globalización es un fenómeno estrictamente económico o si su desarrollo se ha dado y se manifiesta en los demás ámbitos de las relaciones humanas.

---

<sup>5</sup> Octavio Ianni, *La sociedad global*, p. 12.

Señalamos, en el concepto que definimos, que la globalización es un proceso y en tal sentido resulta natural concluir que no ha aparecido repentinamente sino que ha tenido una evolución, para algunos tan larga como la humanidad misma y su instinto de convivencia y para otros bastante más corta a partir del surgimiento y desarrollo de la tecnología de la información, teniendo como actores principales a la internet y a la intensificación de las relaciones comerciales internacionales y, como consecuencia, la migración de la población en busca de mejores condiciones de vida.<sup>6</sup>

No obstante, el proceso se ha identificado básicamente con aspectos económicos como la ruptura de barreras arancelarias y el intercambio de mercancías en el mercado internacional, que son solo algunas de las múltiples transformaciones que el fenómeno ha generado.

Sin embargo, es indudable que aquello que afecta a la economía incide también en la cultura, en las relaciones jurídicas y personales, en la concepción de los valores, etc., de ahí que como argumento inicial señalamos que la globalización es un fenómeno o, mejor, un proceso no solo económico sino general.

Consideramos conveniente hacer algunas referencias sobre el contexto en que, de acuerdo con algunos autores, se ha desarrollado la globalización.

---

<sup>6</sup> Al respecto, dice Bernard Guillochon: “La globalización se basa en la intensificación de las relaciones comerciales internacionales, que aumentan un promedio de 7% cada año frente al 2.3% de incremento de la producción. Este hecho se debe a la actividad de las empresas internacionales, en su mayoría afincadas en los países más industrializados. Por otra parte, la globalización también incluye la migración de la población en busca de mejores salarios. Finalmente, conlleva una importante aceleración de los movimientos de capital entre distintos países a razón de hasta 1.4 billones de dólares por día, lo que pone en peligro la estabilidad de algunas economías nacionales, especialmente en las naciones emergentes”, *La globalización. ¿Un futuro para todos?*, p. 8.

Marcos Kaplan menciona que es un hecho muy remoto que surge de la necesidad del hombre de socializar en lo individual, señalando como acontecimientos trascendentes los viajes para colonizar, donde se va tomando ya conciencia de la existencia de los demás, a lo que debe agregarse el interés para relacionarse con ellos, pasando de lo individual a lo colectivo, o quizá se deba hablar del interés por dominar a los demás.<sup>7</sup> Por su parte, Sergio López Ayllón ubica los antecedentes de la globalización alrededor del siglo XVI en Europa.<sup>8</sup>

Sobre cuándo surge este proceso, las opiniones son diversas. Aunque el interés o la preocupación por la globalización es más o menos reciente, para Jesús Villagrasa el fenómeno como tal no, ya que se ha venido desarrollando por “oleadas” que van desde 1870 a la Primera Guerra Mundial, sobre todo como resultado de los avances en el transporte y en el incremento de los flujos de mercancías, capitales y personas; después, a partir de 1950 con la integración de los países ricos y los acuerdos multilaterales entre Europa, Estados Unidos de América y Japón, que generaron un importante crecimiento de los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); y como tercera “oleada”, a partir de 1980 con los avances en los transportes y las telecomunicaciones, así como con una mayor apertura de los países en desarrollo hacia el comercio y la inversión extranjera.<sup>9</sup>

Podríamos remontarnos, inclusive, a los antecedentes en el derecho romano, donde en la época del Imperio se dio la

---

<sup>7</sup> Marcos Kaplan, *Estado y globalización*.

<sup>8</sup> Sergio López Ayllón, “Globalización y transición del Estado nacional”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado constitucional y globalización*, pp. 269-313.

<sup>9</sup> Jesús Villagrasa, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, pp. 28-29.

dominación sobre distintos pueblos y, obviamente, las relaciones personales, sociales y jurídicas se transformaron cuando surgieron figuras como el pretor peregrino. Sin embargo, no es el objetivo de esta investigación, sino solo tratar de contextualizar el fenómeno de la delincuencia organizada dentro del marco de la globalización, que es un proceso complejo, sobre todo de relaciones económicas, pero “que relaciona a personas, instituciones, organizaciones y pueblos de todo el mundo y que genera nuevas formas organizativas y culturales”,<sup>10</sup> es decir, que identifica múltiples y muy variados ámbitos que están inmersos en el proceso global, no solo el económico sino el cultural y todo el contexto social dentro del cual se encuentra presente el fenómeno de la delincuencia organizada.

José Paschoal Rossetti, especialista en economía, afirma:

El acelerado crecimiento de los flujos mundiales de comercio, en relación con otros flujos económicos agregados, es uno de los indicadores más visibles del proceso de globalización, definido como la etapa avanzada de los intercambios internacionales intensificados en múltiples campos. De la forma como ha sido conceptualizado, el proceso no se limita al orden económico, ya que alcanza la cultura y las instituciones, redes de comunicación y de transmisión de datos, las políticas públicas y la conciencia social sobre cuestiones mundiales. Todo parece indicar que es en el área económica, real y financiera, en sus divisiones micro y macro, donde ese proceso se expresa con mayor nitidez, y es a partir de las relaciones económicas donde se alcanzan otros aspectos de la realidad global. Su consolidación también ostenta fuertes vínculos con otros procesos económicos, como la forma-

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 13.

ción de bloques, la constitución de mercados comunes y de áreas ampliadas de libre comercio.<sup>11</sup>

Citando a David Held y otros, Villagrasa hace suyo el argumento de que la dinámica propia de la globalización es “la ampliación, profundización y aceleración de la interconexión mundial en todos los aspectos de la vida social contemporánea, desde lo cultural hasta lo criminal, desde lo financiero hasta lo espiritual”.<sup>12</sup>

En este sentido, debemos asentir que el hecho no es solo un aspecto mundial o internacional, sino de interconexión permanente entre las diversas manifestaciones de la vida; no solo política y económica organizada, sino cotidiana e individual, lícita e ilícita, visible y en muchos aspectos invisible, e inclusive la propia cultura se ve afectada en este proceso.

Octavio Ianni asevera:

Son muchas y crecientes las producciones materiales y espirituales que se mundializan. Mucho de lo que es local, regional, nacional o continental entra en el juego de las relaciones internacionales, se recrea en el seno de las relaciones, procesos y estructuras compuestas en los caminos del mundo. Simultáneamente, se elaboran producciones materiales y espirituales que ya nacen como internacionales o propiamente globales. Hoy más que nunca, lo singular y lo universal se realizan como historia.<sup>13</sup>

La mención de lo que señalan estos autores es solo una muestra de la diversidad de opiniones respecto a los efectos de la

---

<sup>11</sup> José Paschoal Rossetti, *op. cit.*, p. 805.

<sup>12</sup> David Held *et al.*, *Global Transformation*, p. 2, citado por Jesús Villagrasa, *op. cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> Octavio Ianni, *op. cit.*, p. 30.

globalización, pero nos permite concluir este apartado diciendo que nos encontramos inmersos en un proceso no solo económico sino general en el sentido de que trasciende todas las esferas de la vida humana en algunas de las cuales, acaso sin darnos cuenta, nos afecta, ya que la propia percepción de la vida cambia cuando nos involucramos en esta vorágine de intercambio de información, mercadotecnia, compra de productos extranjeros, piratería (que se consideraba en el artículo 2 de la LFDO) y muchos más.

En este proceso también están inmersas las actividades de los grupos delincuenciales que buscan dinero y poder, aprovechando para ello todas las ventajas que el proceso de la globalización les ofrece.

### **Su influencia en el contexto del derecho**

Si hablamos de un proceso general, el derecho no escapa a esta influencia, e incluso es una ciencia que se ha visto rebasada en múltiples aspectos. La regulación y el control de la conducta humana en sus diversas manifestaciones se han quedado cortos en relación con los acontecimientos reales y cotidianos. Podemos mencionar como ejemplos las relaciones contractuales que se realizan vía internet, las transferencias de fondos que se hacen a través de una clave o número de tarjeta, el tráfico de personas, el turismo sexual, el lenocinio, el terrorismo, la biotecnología<sup>14</sup> y otros más que escapan a la regulación jurídica o, al menos, a la regulación jurídica eficiente.

---

<sup>14</sup> Sobre ella, dice Ingrid Brena Sesma, en el prólogo a las *Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*, que es considerada como la aplicación de los procesos biológicos a procesos productivos, y reflexiona que esto trae aparejados cuestionamientos éticos.

Como afirma Paschoal Rossetti, “El proceso de globalización ha repercutido en consecuencias de gran impacto. Desde una perspectiva institucional, las de mayor importancia son la pérdida de atributos de soberanía nacional y la presencia cada vez mayor de temas internacionales en la agenda política de los países”.<sup>15</sup> El flujo de mercancías, la migración de per-

---

cos y morales; que los nuevos descubrimientos de la ingeniería genética y de la biología molecular presentan la dificultad de equilibrar los avances científicos con la protección de los derechos humanos, ante el temor de la manipulación genética para la selección de personas. Francisco G. Bolívar Zapata, otro autor que participó en esas jornadas, comenta la importancia de contar con un marco jurídico adecuado en bioseguridad para el manejo de los OGMS (organismos genéticamente modificados), así como el hecho de que la biotecnología moderna debe servir para el manejo y la preservación de los recursos, los cuales son indispensables para el mantenimiento sustentable de los ecosistemas nacionales y globales. Luis T. Díaz Müller, también participante, reflexiona que la globalización no es solo económica sino que implica interdependencias complejas, con manifestaciones en el mercado, la revolución de las comunicaciones, el cambio científico-tecnológico, etc. Menciona que la globalización, en términos reales y actuales, comienza en 1989-1990 con la caída del Muro de Berlín y el derrumbe de los países de la Europa del Este, a partir de lo cual se pasó de un modelo transnacional a un modelo con tendencias globales de desarrollo, en donde la interacción globalización-conocimiento se transformó en una nueva manera de organizar el mundo, lo cual se proyecta hacia la vida cotidiana pues está transformando todas las áreas del saber, del trabajo, de las instituciones y de la vida misma; y que la globalización del conocimiento significa un cambio profundo en el estudio de la ingeniería genética, la memoria, las neuronas, la relación cerebro-mente, la percepción, el conocimiento de nuevas enfermedades, la inteligencia artificial, el sueño, la evolución del hombre, el sexo, etc. Marcia Muñoz de Alva Medrano señala, entre algunas referencias, que hay opiniones de que las bases de datos del genoma humano son bienes públicos globales a los cuales debe haber un acceso público y general. Cfr. sobre estas y otras importantes opiniones que nos hacen reflexionar sobre uno de los aspectos en los cuales la globalización y el derecho se interrelacionan. Ingrid Brena Sesma y Luis T. Díaz Müller (coords.), *Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*, 141 p.

<sup>15</sup> José Paschoal Rossetti, *op. cit.*, p. 836.

sonas, los préstamos y créditos internacionales, las barreras arancelarias, las empresas multinacionales, etc., son, igualmente, aspectos que el derecho debe regular, pero en donde enfrenta problemas para hacerlo ya que se involucran cuestiones como la soberanía, los derechos humanos, el derecho al desarrollo y otros. Además, los grandes actores económicos como las empresas multinacionales e inclusive podríamos agregar las empresas criminales toman decisiones y organizan sus actividades con objetivos sobre todo de naturaleza económica.

Como dice Bernard Guillochon, “el rápido crecimiento de los intercambios comerciales internacionales es, en gran parte, consecuencia del desarrollo sin precedentes que han experimentado las grandes empresas multinacionales tras organizar sus procesos productivos a escala planetaria”.<sup>16</sup> Este autor se refiere también a que si bien las mercancías y los capitales se desplazan más fácilmente que los seres humanos,

... el fenómeno de la migración requiere una especial atención en la medida en que, independientemente de sus aspectos políticos, étnicos y religiosos, refleja algunos de los principales desequilibrios económicos del planeta. Los flujos migratorios apuntan hacia regiones con elevados niveles de vida como Norteamérica, Europa occidental y los países ricos de Oriente medio, así como a los países asiáticos de crecimiento rápido. La posibilidad de encontrar empleo y percibir un salario entre 10 y 40 veces superior al del país de origen ha empujado a los habitantes de los países poco desarrollados a expatriarse, a menudo al precio de sus propias vidas.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Bernard Guillochon, *op. cit.*, p. 11.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 13.



Lo anterior es solo una muestra de que el ámbito del derecho civil, mercantil, laboral, constitucional, administrativo, fiscal y todas las ramas del derecho han resultado afectadas por la globalización. Para efectos de este trabajo, mención especial merece el derecho penal.

### **Algunas consecuencias de la globalización en el derecho penal**

El derecho penal, como instrumento de regulación y sanción de conductas que constituyen delitos, es trascendental en el mantenimiento del orden social. Sin embargo, la necesidad de sancionar que tiene el Estado es una muestra de que su poder no es tan eficaz como pudiera pretenderse; es decir, tener que imponer por la fuerza sus determinaciones implica una cierta debilidad de su parte, ya que

... entre la conformidad que los destinatarios de las normas jurídicas manifiesten con su contenido y el poder estatal, existe una relación directamente proporcional, pues el incremento de aquella presupone el aumento de éste y viceversa. Por el contrario, entre la necesidad del Estado de reprimir o sancionar la desobediencia de las normas jurídicas y el poder estatal, habrá una relación inversamente proporcional: si aumenta una, el otro disminuye.<sup>18</sup>

Es decir, el derecho penal es una muestra del poder coactivo del Estado para sancionar la desobediencia de los particulares; sin embargo, la violencia, la inconformidad y la delincuencia

---

<sup>18</sup> Miriam Elsa Contreras López, *Análisis de los argumentos justificativos de la prisión dentro del discurso punitivo*, p. 157.

en general se manifiestan actualmente de muchas formas y se presentan como un reto cada vez mayor para el Estado rector, pues los individuos se organizan cada vez más para delinquir no solo a nivel local, nacional o regional, sino a nivel internacional y global. Como dice Octavio Ianni, el mundo cambió drásticamente durante el siglo xx: “A partir de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló un amplio proceso de mundialización de relaciones, procesos y estructuras de dominación y apropiación, antagonismo e integración. En poco tiempo, todas las esferas de la vida social, colectiva e individual son alcanzadas por los problemas y dilemas de la globalización”.<sup>19</sup>

El siglo xx alcanzó un desarrollo económico inimaginable debido al intercambio comercial, la ruptura de fronteras, la integración de países con propósitos preponderantemente financieros, el uso de la tecnología, la inmediatez de las comunicaciones y otros aspectos más. Sin embargo, también para la comisión de conductas delictivas se han abierto fronteras, integrado individuos y grupos, aprovechado los avances tecnológicos y de las comunicaciones, con fines eminentemente económicos pero ilícitos, de vulneración de bienes jurídicos y de una violencia generalizada que atenta contra el orden social.

### **Influencia de la globalización en la delincuencia organizada**

Los estados-nación tienen nuevos retos y problemas para ejercer su poder de controlar y sancionar conductas, mientras que, por su parte, los grupos delictivos, terroristas, de traficantes de personas o de bienes, delincuenciales en general, encuen-

---

<sup>19</sup> Octavio Ianni, *op. cit.*, p. 20.

tran tierra fértil para diversificar sus negocios ilícitos, evadir sanciones, obtener mayores ganancias; todo esto y más, sin preocuparse por los bienes jurídicos contra los que atentan y sin considerar si los derechos humanos se vulneran con su actividad. Ventajas importantes que inclinan la balanza hacia la delincuencia organizada y la fortalecen, la hacen más temible.

Villagrasa expresa, con cruda realidad, que

... un Estado debilitado no puede garantizar la defensa institucional de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de las comunidades e individuos. El poder creciente del crimen organizado en redes globales de tráfico de drogas, armamento, prostitución, inmigración ilegal, etc., resulta alarmante, y un Estado débil no puede combatirlo eficazmente...<sup>20</sup>

Los retos para quienes ejercen el derecho penal parecen insuperables pues, por una parte, deben preocuparse por regular y sancionar las conductas delictivas y, por la otra, deben descubrir la forma de hacer frente a una creciente delincuencia que no responde a los esquemas tradicionales, sino que rebasa fronteras, destruye los principios procesales básicos de jurisdicción, competencia, ámbitos de aplicación de la ley, entre otros; se aprovecha de la carencia de disposiciones jurídicas que la identifiquen y regulen eficazmente, e inclusive el Estado debe considerar la protección de los derechos humanos y garantías no solo de las víctimas sino también de los sujetos activos. Tarea compleja ante la cual los Estados deben actuar con urgencia reconociendo esta consecuencia indeseable de la globalización: la de la delincuencia organizada.

Es indudable que

---

<sup>20</sup> Jesús Villagrasa, *op. cit.*, p. 58.

Poco a poco, la morfología de la sociedad global involucra a los derechos humanos, narcotráfico, protección del medio ambiente, deuda externa, salud, educación, medios de comunicación de masa, satélites y otros puntos. Asuntos sociales, económicos, políticos y culturales que siempre parecieron nacionales, internos, se vuelven después internacionales, externos, relacionados con la armonía de la sociedad global.<sup>21</sup>

La delincuencia organizada está presente en nuestra vida cotidiana e, inclusive, nos envuelve y nos hace participar en las actividades ilegales que realiza. Pensemos, solo como un ejemplo, en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita que reglamenta el artículo 400 Bis del *Código Penal Federal*, que se refiere

... al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos [...] o alentar alguna actividad ilícita.

Seguramente casi todos, en alguna ocasión, hemos adquirido productos “pirata”, conscientes de que su procedencia es ilícita, y esto, aunque no nos hace miembros de la delincuencia organizada, implica que los recursos que se generan con su venta son ilícitos y que las inimaginables ganancias que la

---

<sup>21</sup> Octavio Ianni, *op. cit.*, p. 26.

actividad produce son administradas, depositadas, invertidas, transferidas, etc., no solo dentro sino también fuera del país.

Es alarmante el incremento de conductas ilícitas cometidas sin respetar las fronteras nacionales aprovechando los avances tecnológicos y, sobre todo, los medios de comunicación; pero lo es más el hecho de que México no cuenta con un marco jurídico adecuado para hacer frente a este fenómeno y que tampoco entre los países se haya logrado consenso para establecer reglas claras respecto al establecimiento de un derecho penal internacional, con organismos autónomos, con poder de decisión y, más que nada, con la posibilidad de tomar medidas coactivas para el combate contra la delincuencia organizada.

Siguiendo a Mónica Massari, se puede afirmar que

Las cada vez mayores posibilidades de movimiento, además de la progresiva desaparición de las fronteras y de la circulación de los capitales, mercancías y servicios, unidas al advenimiento de las nuevas tecnologías, con la consecuente comprensión de las distancias espacio-temporales, han favorecido la difusión de formas de criminalidad de tal manera que se puede actuar en una dimensión transnacional.<sup>22</sup>

Efectivamente, el delito, como conducta típica, antijurídica y culpable, es resultado de la vulneración a las disposiciones que regulan las conductas jurídicamente aceptadas. En México y en muchos otros países apenas se está decidiendo si el incremento de la pena logrará disminuir la comisión de deli-

---

<sup>22</sup> Mónica Massari, "Globalización y criminalidad: una mirada a Europa", en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 197-221.

tos, y al parecer los legisladores así lo han considerado en la instancia federal. Ahora, como ejemplo, también en el estado de Veracruz se estableció un máximo de setenta años de prisión en términos numéricos, aunque también se incluye la prisión vitalicia; pero aún no se acepta abiertamente el fracaso de la prisión, la incoherencia del discurso readaptador que, se supone, fue cambiado por el de reinserción social, de acuerdo con la reforma al artículo 18 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 18 de junio de 2008, cuya aplicación debería generalizarse en un plazo no mayor a tres años a partir de su publicación, aunque a la fecha no hay acciones concretas que le brinden sentido a la reclusión, más ahora que se establece constitucionalmente, en el mismo numeral 18, que tratándose de sujetos activos de la delincuencia organizada su reclusión se llevará a cabo en centros especiales donde la autoridad puede imponerles restricción a sus comunicaciones y medidas de vigilancia, aspectos que igualmente señala la LFDO en su artículo 45 recientemente adicionado: “Los sentenciados por los delitos a que se refiere esta ley no tendrán el derecho de compurgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio”, así como: “La legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad preverá la definición de los centros especiales para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias, la restricción de comunicaciones de los inculcados y sentenciados y la imposición de medidas de vigilancia especial a los internos por delincuencia organizada”, lo que hace preguntarnos sobre la efectividad de las medidas para combatir el grave problema.

Luego nos detenemos, sin demasiado provecho, en los aspectos individuales o estatales de la criminalidad cuando ya tenemos como una realidad concreta, y por demás preocupante, las nuevas formas de criminalidad, las organizaciones esta

blecidas para delinquir no solo en el plano nacional sino internacional.<sup>23</sup>

Por otra parte, la permanencia de la organización es un elemento característico de la delincuencia organizada, donde no es muy claro qué es lo que motiva o qué finalidad se persigue en las organizaciones delictivas, pues pareciera ser que el aspecto económico sería la respuesta; sin embargo, el terrorismo no tiene ese origen, sino que proviene de una convicción ideológica; o bien, algunas agrupaciones manifiestan una motivación de naturaleza moral como las de quienes ejecutan a delinquentes que, por defectos en el proceso, han sido absueltos; por lo tanto, no puede considerarse que un delito por su propia naturaleza sea o no organizado.<sup>24</sup>

Es preocupante este fenómeno ya que, por una parte, el avance científico y tecnológico genera un incremento en el nivel de vida y de bienestar, pero, por el otro, es el medio para que las organizaciones delictivas perfeccionen sus métodos con el propósito de vulnerar los bienes jurídicos y evadir la acción de la autoridad, más aún cuando la colaboración que se presenta en esas agrupaciones criminales no es frecuente entre las autoridades y los Estados que deben combatir las conductas delictivas. Se puede afirmar que

Cuando la delincuencia común llega hasta tal extremo de “evolución” o de “perfeccionamiento”; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en la comisión delictiva; cuando persigue a través

---

<sup>23</sup> Respecto a la problemática de la prisión y sobre todo a la incoherencia del discurso readaptador, véase Miriam Elsa Contreras López, *op. cit.*

<sup>24</sup> Eduardo Andrade Sánchez, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, pp. 15-21.

de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada.<sup>25</sup>

La dificultad para combatir el crimen organizado es la estructuración del complejo de redes que se han creado y se siguen creando para tener acceso a los espacios de poder no solo económico sino también político y social; y más aún, la empresa delictiva no es nacional, ni siquiera internacional, sino global en el sentido de que no se puede determinar con claridad en qué país inicia o en cual se desarrolla o ejecuta, ya que puede darse de manera simultánea en diversos lugares, por lo que es prácticamente imposible de identificar.

En este sentido, “Cuando la delincuencia organizada rebasa las fronteras de las naciones, decimos que estamos bajo el contexto del crimen organizado internacional”.<sup>26</sup> Inclusive podríamos hablar de un crimen organizado global en el sentido que se menciona con anterioridad.

Es indudable que los delitos existen y seguirán existiendo en sus diversas manifestaciones, pero si a esto se agrega el contexto global en donde hoy día se presentan, la dificultad para regularlos es mucho mayor, ya que

Los fenómenos colectivos criminales han existido en distintos periodos de la historia humana. Sin embargo, insertados en el proceso de globalización adquieren una naturaleza excepcional de oposición al desarrollo de las sociedades y de los individuos. Puede decirse que en la aldea global en que vivimos la fuerza

---

<sup>25</sup> Luis Alonso Brucet Anaya, *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, p. 49.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 50.



que adquiere la delincuencia colectiva en las actividades ilegales se multiplica gracias a un fenómeno de palanca. Y es que la globalización ha generado innumerables oportunidades para realizar negocios legítimos, para el intercambio de bienes y servicios y para generar un avance sustantivo de la economía global.<sup>27</sup>

Con base en lo anterior, puede concluirse que la delincuencia no escapa a la influencia de la globalización, por el contrario, es quizá el fenómeno o el proceso que parece haberse acomodado de mejor manera a la situación que la caracteriza y que le ha abierto a los grupos criminales en general un sinnúmero de opciones para delinquir no solo eficaz sino también eficientemente.

### **El poder de la delincuencia organizada**

Combatir un fenómeno que es real y palpable en cuanto a los efectos nocivos que genera, pero difuso en cuanto a la forma en la cual opera y permea en prácticamente todos los ámbitos de la vida, es bastante complicado.

Así ocurre con la delincuencia organizada, más aún se fortalece porque los principales actores que en ella intervienen están protegidos por el papel político y económico que desempeñan en el marco de la licitud e, inclusive, por el prestigio social que muchas veces tienen dentro de la comunidad que los aprecia.

---

<sup>27</sup> Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 81-113.

Estos argumentos, aunque a la vista de todos, son difícilmente demostrables a nivel fáctico sobre todo por la tibieza y quizá protección (o temor) que muestran las autoridades frente a los integrantes de la delincuencia organizada.

Estamos en presencia de un fenómeno verdaderamente organizado, ya que

La explotación criminal y terrorista de la tecnología de la información ha avanzado junto con su crecimiento por la comunidad multinacional legítima. De hecho hay pruebas de que aquellos que buscan promover los fines ilícitos han sido tan rápidos, si no es que más rápidos, para aplicar esta tecnología en sus operaciones. Las posibilidades de introducir rápidamente la tecnología en los grupos de crimen transnacional y en las asociaciones terroristas existen debido a que los grupos de crimen organizado y las células de terroristas más modernas se organizan en redes. A diferencia de la estructura tradicional de la mafia o de la corporación tradicional que reacciona lentamente a la innovación, estos nuevos actores criminales transnacionales gozan de una enorme flexibilidad. Cuentan con especialistas técnicos de gran nivel dentro de sus agrupaciones o emplean a grandes especialistas.<sup>28</sup>

Estos y otros aspectos hacen de la delincuencia organizada una elite de poder no solo económica sino en diversas esferas que ponen en riesgo la seguridad de sociedades enteras y que desvirtúan la figura del Estado como regulador de las conductas.

---

<sup>28</sup> Louise I. Shelley, “Crimen organizado, terrorismo y cibercrimen”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, p. 244.

## La tradición de las mafias y la delincuencia organizada

Otros aspectos importantes son la interacción entre las organizaciones delictivas y su enorme expansión. Sin embargo, existe confusión en los objetivos de las diversas estructuras y actividades delictivas; por ejemplo, la mafia no es sinónimo de narcotráfico, o también es común que al referirse a la delincuencia organizada se hable de la mafia. Es un error, sobre todo en cuanto a su origen. La mafia, “en su sentido histórico estricto, es una organización delictiva que surge específicamente en Sicilia”.<sup>29</sup> Los mafiosos sicilianos, cuando emigraron a Estados Unidos, llevaron sus formas de organizarse, cuya fortaleza radica en la conformación de las *familias* —nombre que no necesariamente implica vínculos de parentesco— que se integran como grupos de delincuentes que se disputan territorios para ejercer en ellos sus actividades ilícitas, sobre todo para hacer dinero, pero también para “gobernar”, recibir aceptación y obtener prestigio. Al llegar a su nuevo país de residencia comenzaron con la extorsión, a lo que le fueron agregando nuevas modalidades, además del establecimiento de sus propios negocios. A partir de ello tuvieron, por ejemplo, un centro de prostitución de su propiedad y para abastecerlo importaron, mediante trata de blancas, atractivas jovencitas que servían en él. Así se diversificaron como cualquier empresa comercial, lo cual es una de sus características, y cubrieron sus necesidades.

No se debe pasar por alto que cuando se inició el florecimiento de la organización se decretó en los Estados Unidos la prohibición de alcohol, por lo que la mafia aprovechó la circunstancia para dedicarse a su introducción y a su distribución

---

<sup>29</sup> Eduardo Andrade Sánchez, *op. cit.*, pp. 21-26.

ilícita; pero la estructura no se identificó con el narcotráfico quizá porque lo consideraba un negocio de mayor peligro. Por ello, no debe ser identificada como cualquier organización delictiva, como muchas veces la prensa lo ha hecho. Ese tipo de estructura tiene su propia ramificación como la Camorra, que es de origen napolitano, la 'Ndrangheta, palabra de origen griego que se refiere a un aparato delictivo, surgida en Calabria, o la Cosa Nostra. No obstante, al expandirse la mafia y también la gran productividad del narcotráfico, algunos mafiosos incursionaron en este ilícito como un nuevo giro en sus actividades, como ha ocurrido también al incursionar en el lavado de dinero. En este contexto, las actividades se entrelazan al ser realizadas por una misma organización o por diversas relacionadas entre sí. Esta situación ha permitido una gran expansión de la delincuencia organizada que, por su mismo tamaño y complejidad, permite que se confundan actividades lícitas con ilícitas, ya que un jefe criminal puede aparentar ser un próspero empresario y alcanzar un elevado reconocimiento social, lo cual le permite impunidad. Su mismo poder le concede hacerse de su propio aparato jurídico, contable, administrativo, etc., que utiliza para encubrir como lícitas sus actividades, lo que también logra porque delega la comisión de los delitos al ordenar que los ejecuten sus subordinados.<sup>30</sup> Una vez establecida la organización, estructura sus actividades y se presenta la tendencia a la comisión de delitos, que proporciona beneficios económicos.

En la actualidad, se habla de las mafias de Estados Unidos, Italia, Japón y otros países, pero no todas lo son verdaderamente sino solo organizaciones criminales, pues les falta la tradición de su origen. Son agrupaciones que ya no combaten entre sí,

---

<sup>30</sup> *Idem.*

al menos abiertamente, sino que forman alianzas en todo el mundo.<sup>31</sup>

Así como la mafia, se han desarrollado organizaciones delictivas que desde finales del siglo xx cuentan con métodos sofisticados para cometer sus ilícitos y, como contrapartida, hay una respuesta más compleja por parte de la autoridad; es decir, al uso de los medios tecnológicos para delinquir está también el de los cuerpos de seguridad para repeler esa delincuencia. Los entes de mafiosos o terroristas han existido desde tiempo atrás, pero ahora tienen mayores recursos para actuar y el riesgo que representan es mucho mayor, por ejemplo, a causa del uso de explosivos, de armas, por la posibilidad de desplazar grandes cantidades de dinero a través de circuitos financieros legales, de traficar con desechos tóxicos, a lo que se suman otras actividades como el lavado de dinero, robo de automóviles, tráfico de infantes o de indocumentados, trata de blancas, o el fenómeno de los *gangs* o bandas que siembran terror entre la población de zonas urbanas, algunas veces solo con la intención de causar daño.<sup>32</sup>

Indudablemente, las mafias realizan actividades de delincuencia organizada, pero no toda delincuencia organizada corre por cuenta de grupos de mafiosos.<sup>33</sup> Finalmente, quizá

---

<sup>31</sup> Respecto a algunas de las organizaciones criminales, genéricamente denominadas mafias, puede consultarse a Judith Aguirre Moreno, “La globalización del crimen. Mafias y pandillas”, *Letras Jurídicas*, pp. 131-147.

<sup>32</sup> Eduardo Andrade, *op. cit.*, pp. 15-21.

<sup>33</sup> Alejandra Gómez-Céspedes se refiere a diversos “modelos de delincuencia organizada” y menciona que el primero fue el burocrático, de Cressey; siguió el de clientela, de Albin, a partir del que se empezó a hablar de “redes”; después vino el de inmigración o sucesión étnica propuesto por Bell, y finalmente se refiere a las “redes flexibles” de las que menciona que “logran coordinarse a través de medios menos formales y más igualitarios y responden de manera más rápida a cambios en el contexto social y económico en el que se desenvuelven”. Alejandra Gómez-Céspedes, “Los retos de la crimino-

poco importe la denominación, ya que unas y otras comparten un rasgo característico: hacen del delito un negocio sin importar el daño social, económico, político y humano que generan. Al respecto, Brucett Anaya comenta:

En América, las bandas delictivas comienzan a formarse a principios del siglo con la llegada al país de inmigrantes alemanes, polacos, irlandeses, judíos y viejos mafiosos provenientes principalmente de Italia.

Por la elevada proporción de falta de oportunidades de empleo, aunado a la marginal estructura socioeconómica política y debido a que los negocios legítimos estaban monopolizados por otros grupos, una gran mayoría de población no americana se convierte en asalariada, pero substancialmente los italianos, tal vez por ser uno de los últimos grupos en llegar, tienen que dedicarse a la delincuencia.<sup>34</sup>

Por otra parte, y aunque tenemos que recordar que no debe identificarse a la mafia con cualquier grupo que cometa actos delictivos, cabe anotar lo que señala Brucett Anaya respecto a que “La mafia colombiana es conocida con el nombre de ‘cártel’, coincido [*sic*] como un fenómeno derivado de la fuerte condición de pobreza y enfrentamiento paramilitar interno. A diferencia de otros grupos delictivos y mafiosos que se dedican a diversas actividades ilícitas, los cárteles colombianos han adaptado la especialización de la industria de la cocaína”.<sup>35</sup>

Existen diversos grupos criminales con características que los identifican, aunque la pretensión de estas líneas es

---

logía de cara a la delincuencia organizada”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 37-69.

<sup>34</sup> Luis Alonso Brucett Anaya, *op. cit.*, p. 156.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 169-170.

distinguir de manera general a la mafia de la delincuencia organizada o al menos no equipararlas.<sup>36</sup>

Respecto al surgimiento de las organizaciones delictivas, aunque debemos considerar que probablemente han existido desde hace mucho tiempo, Brucet Anaya comenta que fue por el año de 1959 cuando creció la actividad de las bandas en México, siendo aprehendidos entonces varios delincuentes, sobre todo por cometer asaltos, robos, lesiones, homicidios y ser acusados de asociación delictuosa. “Por estos años se descubre la primera banda delictiva que se dedicaba al comercio de la heroína y cuyas actividades ilícitas abarcaban gran parte del mercado europeo. Esta organización cultivaba la heroína en Sinaloa, la transportaba a Matamoros para luego enviarla a Nueva York y una vez allí la embarcaba a Francia”,<sup>37</sup> lo cual nos permite concluir que México no es ajeno a esta evolución de los grupos delictivos.

### **Poder y prestigio de los actores de la delincuencia organizada**

Así como las mafias establecieron rituales, los miembros de la delincuencia organizada han hecho lo mismo, como lo demuestra algún tipo de ejecuciones y el hecho de que la forma en la cual se priva de la vida a una persona indica que se trata de un ajuste de cuentas. Quienes se dedican a estas actividades ilícitas parece que tienden a imitar algunos de los rasgos característicos de la mafia, como por ejemplo la búsqueda de prestigio y de “aprecio social”; tal es el caso de algunos nar-

---

<sup>36</sup> Véase Luis Alonso Brucet Anaya, *op cit.*, pp. 147-181, donde habla de diversos grupos criminales y algunos aspectos espacio-temporales que los caracterizan.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 254.

cotraficantes como Joaquín *El Chapo* Guzmán, quien, según algunos testimonios publicados en la revista *Proceso*,<sup>38</sup> goza del aprecio de los pobladores de la localidad de Badiraguato, Sinaloa, quienes, incluso, muestran pesar por la posibilidad de que sea encarcelado, ya que reconocen que él y otros “son gente buena”, que llevan progreso a su comunidad, generan fuentes de trabajo y ayudan más que el propio gobierno; de allí expresiones como “esperamos más de ellos que del gobierno” o “... el problema es que cuando los agarra [detiene] el Ejército, los pueblos se caen, porque la verdad son los únicos que nos ayudan”. Ellos se muestran agradecidos, por más que reconozcan que deben ser leales a esos grupos e inclusive que corren el riesgo de morir. Es un claro ejemplo del poder que han logrado, pues sus reglas son respetadas no solo por el temor al castigo sino por considerar legítimas sus disposiciones.<sup>39</sup> El prestigio de este tipo de delincuentes genera que

En algunas sociedades, la percepción pública de los criminales como héroes culturales o como “hombres honorables” confiere un aura de legitimidad a las actividades ilegales. Cuando, por ejemplo, los líderes de la mafia son respetados o los barones mexicanos de la droga son idolizados por los jóvenes a causa de su poder y dinero, como se advierte en la música popular que se oye a lo largo de la frontera entre Estados Unidos y México,

---

<sup>38</sup> Alejandro Gutiérrez, “El reino del narco”, *Proceso*, pp. 6-10.

<sup>39</sup> En cuanto a la idea de que “cuando un grupo logra que sus postulados sean seguidos sin necesidad de recurrir a los medios coercitivos que tenga a su alcance para imponerlos, se estará en presencia de un grupo con poder”, y que, aunque referido al Estado, no obstante que ese grupo puede “imponer incluso por la fuerza las reglas que deben seguirse, mayor será su poder en tanto menor sea la necesidad de acudir a la coacción por haberse contravenido el orden dispuesto”. Miriam Elsa Contreras López, *op. cit.*, pp. 155-166.



los narcocorridos, o por la Iglesia, por las “limosnas” que les otorgan, se aminora el estigma vinculado a la conducta y a la violencia criminales.<sup>40</sup>

En estas organizaciones también se muestra el ánimo de “gobernar”, de controlar a la sociedad y de competir y rebasar a la autoridad. Un ejemplo se presentó en Nuevo Laredo, Tamaulipas, donde, después de algún tiempo sin director de Seguridad Pública, finalmente un valiente –como se comentó por televisión– aceptó el cargo y a escasas siete horas de haber entrado en funciones fue ejecutado.

Este fenómeno se repite a nivel global, pues la delincuencia organizada no respeta fronteras ni poder alguno. Su fortaleza está no solo en el reconocimiento que la sociedad o algunos grupos hacen de quienes actúan en ella, sino también y, fundamentalmente, en las inimaginables ganancias económicas que sus actividades les proporcionan. Es indudable que “Las gigantescas utilidades de los negocios ilegales les permiten contratar a los mejores especialistas nacionales e internacionales. Al facilitar este comercio confían cada vez más en la tecnología de la información para promover sus actividades en secreto”.<sup>41</sup>

Asimismo, aunque parezca ordinario recordar lo que popularmente suele manejarse de que el dinero lo compra todo, la realidad es que, aunque no sea todo, sí compra muchas cosas y convence a muchas conciencias; tal es el caso de personas que, teniendo la intención de actuar dentro del marco de la legalidad, por necesidad o por el deseo de obtener solvencia económica y, como consecuencia, poder, caen en las garras de las organizacio-

---

<sup>40</sup> Roy Godson, “El nexa político-criminal y la seguridad global”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>41</sup> Louise I. Shelley, *op. cit.*, p. 238.

nes criminales que los reclutan; mayor riesgo lo tienen quienes son valiosos para estas agrupaciones, sea por sus conocimientos, sus habilidades, etcétera.

Inclusive, como señala Louise I. Shelly: “Mientras que algunos especialistas no trabajarán para criminales u organizaciones terroristas por su propia voluntad, otros lo harán sin saber de sus patrones, mientras que otros más estarán de acuerdo con brindar su ayuda debido a que el empleo legítimo y bien pagado es escaso en su región”.<sup>42</sup> Indudablemente, la motivación económica es poderosa y como ejemplo basta recordar los riesgos que enfrentan quienes pretenden cruzar las fronteras para encontrar mejores ingresos, trabajos bien remunerados o, al menos, más oportunidades para sobrevivir, aunque en ocasiones encuentren peores condiciones que los denigran como personas e, incluso, pierdan la vida en el intento.

En el ámbito delictivo, las oportunidades son mayores y por ello no es tan complicado que las organizaciones criminales encuentren adeptos que deseen ingresar a ellas, lo que facilita que la delincuencia organizada tenga presencia en forma local o nacional e, incluso, transnacional, ya que “Cuando se cuestiona sobre cuáles son las características más importantes de la delincuencia transnacional, la primera que aparece en escena es su naturaleza transfronteriza, lo que involucra tanto oportunidades para cometer delitos o traficar con bienes ilegales como el incremento de los riesgos transfronterizos; las motivaciones para cruzar las fronteras y convertirse en transnacionales se duplican”.<sup>43</sup> Los riesgos parecen minimizarse cuando se compa-

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>43</sup> Albrecht Hans-Jörg, “La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (Una introducción)”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *op. cit.*, p. 278.

ran con las oportunidades y los beneficios que estas actividades representan.

## Derecho penal contra delincuencia organizada

El derecho penal tiene mucho que hacer en el combate contra el crimen organizado, además de que actualmente parece rebasado en múltiples aspectos. Teóricamente se argumenta que debe ser la última *ratio*, pero en la realidad se advierte una tendencia hacia su expansión, pretendiendo que sea la panacea para regular y sancionar conductas que a nivel de prevención los Estados no han logrado controlar y, sobre todo, que han generado un sentimiento y una realidad de inseguridad entre la población. Al respecto, Jesús-María Silva Sánchez señala que “sea como fuere, el caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el derecho penal deben dar respuesta”.<sup>44</sup> Sigue diciendo que la apuesta parece decidida “por una expansión del derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos”.<sup>45</sup> A esta relativización de garantías haremos referencia en capítulos posteriores, contrastándola con la legislación en materia de delincuencia organizada.

Si en muchos aspectos la delincuencia tradicional ha ido a la vanguardia y el derecho penal no ha logrado darle alcance, mayor dificultad enfrenta en el contexto global, donde las organizaciones criminales cuentan con recursos económicos,

---

<sup>44</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 40.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 57.

tecnológicos y científicos que les permiten operar como una verdadera elite de poder; más aún cuando han logrado introducir a sus miembros entre las filas de las autoridades que, supuestamente, se encargan de combatirlos. Muestra de ello es que cotidianamente se informa de elementos policiales involucrados en actividades ilícitas como el narcotráfico, hecho que muestra la vulnerabilidad del Estado frente a esas agrupaciones, ya que

Desde el punto de vista estructural, estas organizaciones criminales se mueven en forma compleja como las grandes sociedades, equiparables, en los ámbitos nacional e internacional, a grandes multinacionales, con la correspondiente división del trabajo, de modo que se asegure la eficacia, el máximo beneficio y el mínimo riesgo. Puede observarse que la criminalidad organizada no se limita a actividades manifiestamente ilícitas e ilegales. Se infiltra en muchos tipos de empresas legales remunerativas. Utiliza tácticas como la intimidación, la violencia o la corrupción. Estas tácticas pueden ser complejas, sutiles o brutales, manifiestas y directas. Así, cuando la criminalidad organizada penetra en una atmósfera económica legítima, generalmente utiliza todas las técnicas de violencia e intimidación desarrolladas en la empresa ilícita.<sup>46</sup>

Por ello, el combate contra la delincuencia organizada es más difícil porque se mezclan actividades lícitas que enmascaran las ilícitas; porque existen personas con “prestigio” económico, político y social que, en realidad, son los más peligrosos delin-

---

<sup>46</sup> Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, p. 14.

cuentes; cuestiones por demás complejas que el derecho penal, por sí solo, no tiene la posibilidad de resolver.

Esta complejidad del fenómeno criminal ha obligado a las autoridades no solo a responder o tratar de hacerlo con un mejor equipamiento en los cuerpos policíacos, sino con actividad legislativa para responder a la necesidad de combate legal. Tal es el caso de la LFDO publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, la cual señala en su artículo 1 que su objeto consiste en “establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada...”; sin embargo, como se indica en el capítulo siguiente, ese ordenamiento no define a este tipo de criminalidad, solo señala cuándo puede considerarse a alguna persona miembro de ella.

Un mayor reto para el derecho penal implica el hecho de que esta forma de delincuencia se introduce en todos los niveles, aun en los que pudieran parecer y requerir de un mayor compromiso en la esfera de la legalidad, como el del propio gobierno; en tal sentido, además de luchar contra la ilicitud, el derecho penal y, desde luego, la política criminal deben enfrentarse a la corrupción y al disfraz de la licitud que enmascara aquello que debe combatirse.

Los avances tecnológicos constituyen también armas poderosas que los grupos criminales utilizan para hacer más eficiente su actividad, lograr sus fines y evadir la acción de los estados-nación. La internet, por sí misma, ha reducido distancias e influido para que el espacio y el tiempo pierdan su objetividad y su delimitación; permite una comunicación instantánea y, lo que es peor, utilizada para la ilicitud hace irreconocibles a los actores del crimen organizado, ya que

Las organizaciones criminales transnacionales, los criminales y los terroristas también aprovechan la posibilidad de unir a los pueblos desarrollados y en vías de desarrollo a través de la tecnología de la información [...] Los terroristas aprovechan una característica que los hace anónimos en las computadoras para coordinar sus actividades a través de los países.<sup>47</sup>

Es indudable que la delincuencia organizada combina su poder económico con otros aspectos que le dan mayor fortaleza, como que los grupos no puedan ser identificados plenamente y por lo mismo no sean controlados, ya que, además, se trata de una actividad que ha rebasado fronteras y aprovechado situaciones históricas como las guerras, las crisis económicas y, más recientemente, los avances científicos y tecnológicos y la globalización. No se debe pasar por alto que

Son graves las amenazas a los países latinoamericanos, la ingobernabilidad, el narcotráfico, el crimen organizado y la guerrilla, por ejemplo, todos producto de la marginalidad, la corrupción y centurias de atavismos políticos y sociales. Estos problemas se han vuelto males endémicos en nuestros países; nuestros gobiernos los contemplan como prioridades cuya solución debe ser inmediata y evitar que se agraven más y acarreen dificultades peores que disminuyan la calidad de vida de los ciudadanos y atenten contra sus derechos como individuos.<sup>48</sup>

Al no ser identificado fácilmente este tipo de delincuencia, pareciera ser una especie de ficción, como ocurre con muchos conceptos que el derecho ha creado, pero con una realidad que

---

<sup>47</sup> Louise I. Shelley, *op. cit.*, p. 240.

<sup>48</sup> Ana María Salazar, *Seguridad nacional hoy. El reto de las democracias*, p. 19.

rebasa la respuesta estatal e, inclusive, la comprensión de este proceso, que es multifacético, que se transforma en el espacio y en el tiempo, ya que

... en el transcurso del tiempo la delincuencia organizada se desarrolla de distinta forma en lugares distintos y este desarrollo está directamente proporcionado con las realidades políticas, económicas y sociales del país o la región que se observe. A pesar de todo se ha llegado a la conclusión de que la delincuencia organizada, como *modus operandi*, tiene ciertas características en común y puede reconocerse como un fenómeno a través del tiempo y el espacio.<sup>49</sup>

Acciones como el programa México Seguro, puesto en marcha para el combate contra la delincuencia organizada, es importante; sin embargo, el riesgo, o más bien la posibilidad de una reacción de las organizaciones criminales, está presente; no olvidemos que la lucha por el poder y sobre todo por el control de los territorios para desarrollar sus actividades ilícitas es una motivación muy grande y difícilmente un país estratégico como el nuestro va a ser ignorado por estos grupos criminales que buscan más y mejores oportunidades de hacer dinero. Parece un combate muy débil frente a la magnitud de un problema que ha rebasado fronteras y que se ha caracterizado tradicionalmente por aprovechar toda situación para fortalecerse y crecer.

---

<sup>49</sup> Alejandra Gómez-Céspedes, *op. cit.*, p. 61.





## II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En el ámbito nacional, la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO) es el principal ordenamiento aplicable para el combate jurídico contra ese tipo de delincuencia, el cual, a pesar de sus múltiples inconsistencias, es un primer paso para establecer reglas contra ese fenómeno. Sin embargo, en el contexto internacional y más específicamente en el global, es muy complicado identificar un marco jurídico que sea portador de normas aplicables para enfrentar el problema. En el ámbito económico del que se deriva el fortalecimiento de la delincuencia organizada a través de la utilización de los avances tecnológicos y la ruptura de fronteras, entre otros aspectos,

... los países subdesarrollados y las naciones en vías de desarrollo resienten esta ausencia reguladora, y ellos son los principales promotores de una clara tendencia internacional a solicitar estas formaciones jurídicas, sobre todo para el control de ciertas actividades tales como la transferencia de tecnología, y la consecución de la imposición de ciertas pautas o patrones mínimos conductuales en el comercio internacional.<sup>1</sup>

En este apartado, sin ser exhaustivos, se señala la existencia de algunos instrumentos internacionales relativos a la delincuencia organizada como puntos de análisis para, en el

---

<sup>1</sup> Rafael Márquez Piñero, *Derecho penal y globalización*, pp. xviii-xix.

siguiente capítulo, reflexionar sobre los aspectos penales y procesales que derivan de esa legislación y de la LFDO.

Por orden cronológico, se resaltan brevemente algunos aspectos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CNUITESP), que se pueden considerar un antecedente de la LFDO, la legislación específica en la materia en México, y se presenta la estructura de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT), que se refiere específicamente al tema, pero en el ámbito transnacional.

En el presente capítulo se pretende dar una idea general de los aspectos que se reglamentan en esta legislación.

### **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**

Como fenómeno global –lo que no excluye que se presente también en el ámbito local, nacional, regional e internacional–, la respuesta a la delincuencia organizada debe buscarse en la colaboración, en el consenso y en las estrategias que los Estados estructuren. A esta pretensión responden algunos de los instrumentos internacionales que existen.

Eduardo Andrade Sánchez sostiene que la respuesta jurídica a este tipo de delincuencia ha partido de

... entender que las organizaciones criminales constituyen un fenómeno de carácter distinto al delito concebido en su generalidad a lo largo de muchos años y que requiere, como problema nuevo y complejo, primero un reconocimiento, luego un enfrentamiento conscientemente elaborado por parte de la autoridad, y

el diseño de respuestas jurídicas que sean adecuadas a los retos planteados.<sup>2</sup>

Argumenta que es necesario organizarse para hacer frente a este tipo de criminalidad, por lo cual se requiere coordinación entre las autoridades, la que practican los países que han legislado para combatir el crimen organizado.<sup>3</sup>

No obstante, las redes que se establecen, no solo entre los delincuentes sino también entre éstos y quienes tienen posición social, económica y política, que parecen lícitas y que permiten la coincidencia de los actores de las organizaciones delictivas y de las legítimas, afectan las decisiones y los consensos internacionales a pesar de que las nocivas consecuencias llegan a todos los rincones del planeta. La influencia de los problemas locales o regionales se manifiesta a nivel global y viceversa; las problemáticas locales inciden en los ámbitos globales; asimismo, se establecen relaciones entre criminales y las elites políticas en muchas partes del mundo, lo cual influye en la política local y en las tendencias regionales y globales de la política internacional.<sup>4</sup>

Samuel González Ruiz expresa datos importantes que muestran, *grosso modo*, algunos de los esfuerzos internacionales para hacer frente al problema. Al respecto señala que

La comunidad mundial se dio cuenta de la necesidad de contar con esquemas de colaboración internacional para luchar contra estos fenómenos delictivos. Uno de los mejores ejemplos es el del mercado

---

<sup>2</sup> Eduardo Andrade Sánchez, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, p. 27.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>4</sup> Roy Godson, "El nexo político-criminal y la seguridad global", en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 37-38.

de drogas ilícitas, que tiene la particularidad de ser, a partir de los años setenta, el mercado ilegal con más valor y características internacionales más claras, por lo que se negoció la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, llevada a cabo en Viena entre 1980 y 1988. Después de ésta evolucionaron varias convenciones.<sup>5</sup>

Esta Convención constituye un antecedente de la tarea legislativa que en México se hizo a través de la LFDO, de la cual se exponen sus aspectos principales en el siguiente capítulo. Sin embargo, falta mucho por recorrer para estructurar adecuadamente el marco jurídico que regule este fenómeno, más aún en el plano de los hechos en que la seguridad pública se ha visto afectada.

### **Lineamientos generales**

A la CNUTIESP la conforman 34 artículos que se refieren a las definiciones, al alcance de la Convención, a los delitos y a las sanciones; aspectos procesales como la competencia, el decomiso, la extradición y la entrega vigilada; lineamientos para la colaboración en el combate al tráfico ilícito de estupefacientes como la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales, medidas que deben adoptar los Estados parte, o la capacitación; la descripción de las sustancias que con mayor frecuencia se utilizan para fabricar estupefacientes; consideraciones sobre el tráfico ilícito por mar; a través de los servicios postales, etc.; y otras disposiciones que podríamos considerar

---

<sup>5</sup> Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la convención de Naciones Unidas”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 86-88.

administrativas. Algunos de estos contenidos revisten mayor importancia para la sistematización de aspectos penales y procesales relativos a la delincuencia organizada, que se incluyen en el siguiente capítulo.

La Convención contiene diversas definiciones que clarifican las disposiciones que expresa, tales como lo que se entiende por transportista comercial, estupefaciente, producto, bienes, decomiso, entrega vigilada, embargo preventivo o incautación, tráfico ilícito y Estado de tránsito, entre otros.

De estos conceptos son importantes los siguientes, debido a que se refieren directa o indirectamente a los aspectos penales y procesales relativos, específicamente a la delincuencia organizada.

1. *Decomiso*. Se entiende por ello la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.
2. *Entrega vigilada*. Se refiere a la técnica que consiste en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que menciona la Convención salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos.
3. *Embargo preventivo o incautación*. Hace alusión a la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o a la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento de autoridad competente.
4. *Tráfico ilícito*. Alude a delitos que la Convención señala.
5. *Estado de tránsito*. Es aquel a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que la Convención señala, de carácter ilícito,

y que no es el punto de procedencia ni el destino definitivo de esas sustancias.

De conformidad con el artículo 2, la CNUITESP tiene como propósito “promover la cooperación entre las partes, a fin de que puedan hacer frente, con mayor eficacia, a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional”, es decir, se aborda este problema cuando se involucran diversos Estados, ya sea como punto de origen, de tránsito o de destino de las sustancias que la Convención señala. Establece lineamientos dirigidos a los Estados parte con el propósito de que procuren tomar las medidas que sean necesarias para la aplicación de las disposiciones acordadas y hacerlas efectivas.

### **Delitos y sanciones**

El artículo 3 de la CNUITESP describe delitos y establece sanciones, que solicita a las partes que adopten e incluyan en su derecho interno. Algunos de estos ilícitos se refieren a la producción, fabricación, cultivo, posesión, adquisición y otras conductas relativas a las sustancias que menciona o a algunos equipos o materiales que se utilizan para cometer fechorías, así como a la adquisición de bienes procedentes de alguno de los hechos delictivos tipificados, entre otros.

Sin embargo, por su relación conceptual con la delincuencia organizada, resulta de particular interés el contenido del apartado *v)* del inciso *a)*, numeral 1 del artículo 3, que dice: “*v)* la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados *i)*, *ii)*, *iii)* o *iv)*”, que se refieren a algunas de las conductas mencionadas en el párrafo precedente.

Asimismo, lo dispuesto por el apartado *iv*) del inciso *c*), numeral 1 del mismo artículo 3, que dice: “*iv*) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión”.

Como se advierte, esta hipótesis incluye la planeación u organización (confabulación) y la asociación para cometer los delitos relativos, aspectos que tienen gran similitud —como veremos— con el supuesto de delincuencia organizada que señala el artículo 2 de la LFDO respecto a la organización o planeación para organizarse.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 3 se refiere a las sanciones que las partes deben disponer para ser aplicadas por los delitos relativos a la Convención, y los lineamientos básicos mencionan la proporcionalidad de las sanciones de acuerdo con la gravedad del hecho; en consecuencia, la imposición de pena de prisión u otras formas de privación de libertad, sanciones pecuniarias y decomiso. Asimismo, en forma adicional o en sustitución a las anteriores penalidades, podrán aplicar medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.

Además, el numeral 5 del mismo artículo 3 establece que las partes dispondrán que las autoridades competentes consideren las circunstancias que dan gravedad a los ilícitos tipificados. Entre ellas, las que se relacionan o pueden relacionarse mayormente con la criminalidad organizada son: la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte; que el malhechor participe en otras actividades delictivas internacionales organizadas o que lo haga en otros hechos que se faciliten por la comisión del delito; que el delincuente ocupe un cargo público y que la falta tenga

relación con su responsabilidad oficial, y la victimización o utilización de menores de edad.

Igualmente, la Convención señala facultades legales discrecionales para enjuiciar los delitos relativos, enfatiza el efecto disuasivo que deben tener las medidas que se tomen, que se considere la gravedad de las conductas al considerar la posibilidad de otorgar beneficios de libertad anticipada o condicional a los sujetos activos, así como un plazo de prescripción prolongado respecto a estos delitos.

### **Aspectos procesales**

Las disposiciones que podemos considerar procesales incluyen lo relativo a la competencia y esgrimen criterios para que un Estado se declare competente respecto a delitos cometidos en su territorio o a bordo de una nave nacional, o que el autor sea de su nacionalidad o residente, o que el ilícito se haya cometido fuera de su país pero el delincuente se encuentre dentro de él y niegue su extradición por alguna causa específica. Se aborda también lo correspondiente al decomiso y a la extradición, sobre todo para facilitar su ejecución colaborando con los demás Estados parte y haciendo acorde su derecho interno con las disposiciones de la Convención.

Asimismo, se hace referencia a la asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados, básicamente para fines procesales como el desahogo y la recepción de pruebas. O, en su caso, establece la posibilidad de que los Estados parte se faciliten actuaciones penales para el procesamiento de esta clase de infracciones en la CNUITESP, e incluso los lineamientos para utilizar la entrega vigilada con la colaboración de los signantes de la Convención.



Esto tiene relación con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 19 constitucional que señala que “si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal”, ya que esto implica, además, la indeterminación del resultado del juicio que se le sigue al sujeto en México.

Los anteriores son los apartados que mayor interés aportan al tema de la delincuencia organizada y, sobre todo, a los aspectos que se consideran antecedente del surgimiento de la LFDO en nuestro país.

### **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Con posterioridad a la entrada en vigor de la LFDO, surgió en el ámbito internacional la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT), en atención a que

Al ver que el fenómeno de criminalidad organizada no solo se refiere a drogas, la comunidad internacional se dio cita para negociar un nuevo instrumento internacional contra la delincuencia organizada transnacional, que puede ser visto, como observaremos más adelante, como un proceso de evolución a partir de la Convención de Viena de 1988. En el *sumit* de Nápoles de 1994 se manifestó la voluntad de los países, a nivel de los jefes de Estado, de desarrollar instrumentos internacionales para luchar contra la delincuencia organizada transnacional.

Se verificaron reuniones de expertos en Varsovia, Polonia, en enero de 1998 y en Buenos Aires, Argentina, a mediados de ese

mismo año. Durante los años 1999 y 2000 se reunió en Viena la Comisión *ad hoc* de la Asamblea General, que definió el proyecto de Convención. Misma que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. La Convención es suplementada por tres protocolos, que son:

- Para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- Contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire.
- Contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones.

La Convención fue signada en la ceremonia de apertura de firmas del 12 al 15 de diciembre de 2000 en la ciudad de Palermo, Italia, el escenario más significativo para una ceremonia de esta naturaleza, dada la lucha que los sicilianos y particularmente los palermitanos han hecho para liberarse de la terrible organización mafiosa de Cosa Nostra, que trajo consigo el sacrificio de muchos jueces y policías. Puede afirmarse que el éxito fue tal que 124 países rubricaron el documento manifestando la voluntad de los Estados para luchar claramente contra este fenómeno. La cifra ha ido creciendo y hasta el momento la Convención ha sido suscrita por 141 naciones, 17 la han ratificado. Por esto puede expresarse que tiene una fuerza moral importante, que evidencia el consenso de la comunidad internacional para luchar contra este fenómeno.<sup>6</sup>

Se exponen en forma breve las disposiciones contenidas en la CNUDOT, para relacionarlas en el siguiente capítulo con los aspectos sustantivos y adjetivos que derivan sobre todo de la LFDO. Siguiendo a González Ruiz

---

<sup>6</sup> *Idem.*

Puede decirse que la Convención de Palermo habla de instrumentos para luchar contra la delincuencia organizada. Sin embargo, estos instrumentos no están acabados ni totalmente diseñados, sino que son apenas un marco de desarrollo para una evolución posterior del derecho nacional. En cierto sentido, la Convención es un documento que viene sin instrucciones de uso.<sup>7</sup>

Esas instrucciones están supeditadas al compromiso de cada uno de los Estados con el propósito de regular eficazmente las medidas para el combate a la delincuencia organizada y, sobre todo, a la evolución que este fenómeno experimenta con notoria rapidez; por ello, el marco jurídico aplicable debe ser, además de coherente con el resto de las disposiciones nacionales e internacionales aplicables, congruente con la realidad de ese tipo de criminalidad, no solo nacional sino global.

### **Objetivo de la CNUDOT**

Esta Convención deriva de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, aprobada en sesión plenaria el 15 de noviembre de 2000 y abierta a la firma en la Conferencia de Palermo, Italia, celebrada en diciembre de ese mismo año; de ahí que se le conozca como la Convención de Palermo. Contiene 41 artículos con sus respectivos numerales, sin división en títulos o capítulos y señala lineamientos relativos a aspectos sustantivos y adjetivos que pide a los Estados parte que consideren y apliquen.

El artículo 1 establece que la finalidad de la CNUDOT es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficaz-

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 88-89.

mente la delincuencia organizada transnacional”. En la parte considerativa indica que la Asamblea General está segura de que la Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional” a fin de combatir actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico de flora y fauna silvestre en peligro de extinción, el terrorismo y las que atentan contra el patrimonio cultural. Como dice René González de la Vega,

... este nuevo combate de las sociedades modernas contra la delincuencia organizada emergente debe romper moldes convencionales y asumir nuevas estrategias y tácticas, de otra manera, la derrota de la sociedad es predecible y las organizaciones criminales acabarán por dominar los escenarios políticos, económicos y sociales.<sup>8</sup>

La tarea es compleja, sobre todo porque se requiere conciliar las disposiciones internacionales o transnacionales con las nacionales y, además, lograr una colaboración internacional eficaz para enfrentar el problema.

### **Conceptos generales y tipificación de conductas**

El artículo 2 señala diversas definiciones, necesarias para la interpretación de sus disposiciones, entre ellas lo que se debe entender como grupo delictivo organizado, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, embargo preventivo o incautación, decomiso, delito determinante, entrega vigilada y organización regional de integración económica. De estos con-

---

<sup>8</sup> René González de la Vega, *Política criminológica mexicana*, p. 16.

ceptos centramos nuestra atención en el primero y en el tercero de los mencionados, para contrastarlos con el que señala el artículo 2 de la LFDO al referirse a la delincuencia organizada.

El grupo delictivo organizado es “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. De esta definición se derivan algunos elementos para que exista este tipo de grupo: *a)* que sea estructurado; *b)* que cuente con tres o más integrantes; *c)* la permanencia de la agrupación durante cierto tiempo; *d)* el acuerdo para actuar; *e)* que ese grupo tenga como propósito cometer uno o más delitos graves o tipificados por la Convención; y *f)* que su finalidad sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.

El grupo estructurado es “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

El artículo 3 señala que la Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los ilícitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la misma CNUDOT, así como de los hechos graves que se definen en el artículo 2, cuando sean de carácter transnacional y en ellos participe un grupo delictivo organizado.

En cuanto a la tipificación de los delitos, el artículo 5 dispone que cada Estado parte adopte las medidas para tipificar como ilícito, cuando se realice intencionalmente, el acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave con el propósito de obtener un beneficio económico u otro de orden material, que conlleve un acto de alguno de los participantes

para continuar ese acuerdo, o cuando participe un grupo delictivo organizado, o bien la participación en las actividades del grupo a sabiendas de su finalidad o de que contribuirá al logro de sus objetivos.

Por su parte, el artículo 6 se refiere a la penalización del blanqueo del producto del delito y señala diversas hipótesis que los Estados parte deben procurar que se tipifique, entre otras, la conversión o transferencia de bienes, la ocultación o disimulación de la naturaleza u origen, la adquisición, posesión o utilización de bienes, o la participación en estas actividades a sabiendas de que esos patrimonios son producto de actos fuera de la ley. En consonancia, el siguiente numeral señala medidas para combatir el blanqueo de dinero.

El artículo 8 aborda las penas por actos de corrupción y establece que se deben tipificar como delitos, cuando se cometan intencionalmente, supuestos tales como la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público de un beneficio por actuar u omitir en el cumplimiento de sus funciones, así como la solicitud o la aceptación por parte de un funcionario del beneficio relativo; o bien, otras formas de corruptelas. El artículo 9 complementa esta disposición, al referirse a las medidas contra esa forma de delito.

Finalmente, el artículo 23 prevé la penalización por obstruir la justicia y señala que se deben tipificar como ilícitas ciertas conductas cuando se cometan intencionalmente, por ejemplo, la inducción al falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o el cumplimiento de las funciones oficiales.

El artículo 19 señala que cada Estado parte debe adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por la participación en hechos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, o que sean de los previstos en los artículos 5, 6, 8 y 23 ya comentados. Además, dicha responsabilidad puede ser de índole penal, civil

o administrativa, e independiente a la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan perpetrado los delitos; entonces se deben aplicar sanciones eficaces a las personas jurídicas.

### **Disposiciones procesales de la CNUDOT**

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT) se incluyen diversas reglas procesales y lineamientos para que los Estados parte procuren dar coherencia a su derecho interno con lo dispuesto en este instrumento internacional, lo cual se contiene en los artículos 11 al 22, 24, 25 y 26, de los que solo resaltaremos algunas disposiciones de particular interés. Se refieren a los siguientes rubros, respectivamente: proceso, fallo y sanciones; decomiso e incautación; cooperación internacional para fines de decomiso; disposición del producto del delito o de los bienes decomisados; jurisdicción; extradición; traslado de personas condenadas a cumplir una pena; asistencia judicial recíproca; investigaciones conjuntas; técnicas especiales de investigación; remisión de actuaciones penales; establecimiento de antecedentes penales; protección de los testigos; asistencia y protección a las víctimas, y medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

El artículo 11 indica que se deben penalizar los delitos tipificados, de conformidad con la Convención, a los cuales ya hicimos referencia; asimismo, que se debe velar porque las autoridades ejerzan “cualesquiera facultades legales discrecionales...” para enjuiciar a las personas y lograr eficacia en el cumplimiento de la ley; de ahí que los posibles beneficios o perjuicios que este tipo de disposición puede tener van de la mano con la preparación de las autoridades y con el tema

tan ríspido de la corrupción en los diversos países, entre ellos México. Igualmente, de conformidad con el derecho interno y considerando el derecho de defensa al decidir la posibilidad de conceder la libertad provisional, señala que se debe cuidar que se garantice que el acusado comparezca ante la autoridad cuando se requiera; de igual forma, al “considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional...” debe tenerse en cuenta “la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención”. En este caso se advierte, aunque no se diga explícitamente, una tendencia a prolongar la privación de libertad, al señalar como eventualidad que se concedan esos beneficios y, sobre todo, a hacer énfasis en la gravedad de los ilícitos, los cuales, para la CNUDOT, son los que tengan una pena máxima de al menos cuatro años de prisión; así como que se establezca un plazo de prescripción prolongado y aún mayor si el presunto delincuente eludió la administración de justicia.

Otras disposiciones jurídicas se refieren a la autorización del decomiso y sobre qué bienes o productos incluso documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda argumentarse el secreto bancario para incumplir esta disposición; también a la posibilidad de exigir al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes expuestos al decomiso (artículo 12), con lo que se arroja la carga de la prueba al sujeto activo e indirectamente se libera al ministerio público de la obligación de justificar que esos patrimonios tienen un origen ilícito. El artículo 13 describe cómo deben actuar los Estados cuando reciban una solicitud de otro que tenga jurisdicción para conocer de un delito, con miras al decomiso.

De acuerdo con el artículo 14, para la disposición del producto del hecho delictivo o de los bienes decomisados se da prioridad a la devolución de éstos al Estado, parte requirente,



para la indemnización a las víctimas del delito o devolverlos a sus propietarios, aportar el valor de la venta a organismos intergubernamentales o bien repartirlos con otros Estados.

En cuanto a la jurisdicción, según el artículo 15, cada Estado parte adoptará medidas para establecer su demarcación respecto a los delitos que se cometan en su territorio, a bordo de un buque o aeronave nacional, contra uno de sus nacionales o por persona nacional o apátrida pero con residencia habitual en su territorio; asimismo, cuando el hecho esté tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención y se cometa fuera de su territorio pero con miras a perpetrar el ilícito dentro de éste. Sin embargo, existen casos más rigurosos, al aplicar la jurisdicción, que no se basan, como en las anteriores hipótesis, en la nacionalidad de las personas involucradas o en el lugar de comisión o efectos del delito, sino en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por ser uno de sus nacionales o por cualquiera otra causa. Los Estados parte deberán hacer consultas entre sí y coordinarse cuando realicen una investigación, proceso o actuación por los mismos hechos.

El artículo 16 establece los casos y los requisitos para que proceda la extradición de una persona, así como la posibilidad de celebrar acuerdos o tratados para el traslado, de un Estado a otro, de personas condenadas a pena privativa de libertad (artículo 17). Promueve la asistencia judicial recíproca (artículo 18) respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, así como cuando se sospeche que el delito es de carácter transnacional, o cuando las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de un ilícito se encuentren en el Estado parte requerido y la investigación o proceso se realice en el Estado parte requirente, sobre todo para efectos procesales como recibir testimonios o declaraciones, desahogar pruebas, entregar documentación, entre otros,

respetando el carácter confidencial de los elementos que se proporcionen, cuando así se haya solicitado; incluso, previo su consentimiento, se puede trasladar a una persona que esté privada de su libertad en un Estado para que coadyuve o intervenga en un proceso o actuación judicial que deba realizarse en otro; o, en su caso, que su participación se efectúe a través de videoconferencia. Esto puede ser denegado, fundando adecuadamente la negativa.

Los rubros de investigaciones conjuntas y técnicas especiales para indagar (artículos 19 y 20) indican que debe considerarse la posibilidad de establecer órganos mixtos de investigación cuando esta misma o los procesos o las actuaciones deban realizarse en más de un Estado, pudiendo utilizarse las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica o las operaciones encubiertas, entre otras técnicas de cooperación en el plano internacional.

Los Estados parte pueden intercambiar diligencias penales, “con miras a concentrar las actuaciones del proceso” (artículo 21). Esto implica considerar la invasión de competencias que pudiera presentarse, la vulneración de las garantías de los inculcados y las disposiciones jurídicas procesales de derecho interno, pues pareciera ser que pueden acumularse procesos que corresponden a distintas jurisdicciones y se ventilan en Estados diferentes. Augusto Sánchez Sandoval ubica aspectos similares dentro de lo que denomina “nuevos principios del derecho penal transnacional”, específicamente en el de la competencia jurídico-penal transnacional.<sup>9</sup> La CNUDOT (artículo 22) presenta la posibilidad de tener en cuenta los antecedentes

---

<sup>9</sup> Este autor expone los que considera nuevos principios del derecho penal posmoderno transnacional. Vease, “La política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados”, en Augusto Sánchez Sandoval (coord.), *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las políticas transnacionales de seguridad*, pp. 1-11.

penales o alguna declaración previa de culpabilidad hecha por una persona en un Estado diferente.

Se pone énfasis en las medidas para proteger a los testigos y a sus familiares o allegados ante el peligro que implica declarar en contra de quienes forman parte de la delincuencia organizada (artículo 24), inclusive para reubicar a estas personas o a las víctimas que actúen como testigos. En este tenor, también se resalta la asistencia y la protección que deben proporcionarse a las víctimas de los delitos a que se refiere la Convención, e igualmente para que obtengan la indemnización o la restitución que procedan (artículo 25).

Se debe alentar (artículo 26) a quienes participan o hayan participado en grupos delictivos organizados a que brinden información y ayuden a las autoridades a identificar, ubicar, privar de recursos, etc., a las organizaciones delictivas y a sus miembros, a cambio de mitigar la pena que les corresponda o concediéndoles inmunidad, en forma similar a lo que dispone la LFDO en el capítulo séptimo sobre la colaboración para el combate a la delincuencia organizada, lo que será analizado posteriormente.<sup>10</sup> Para María Concepción Cruz Gómez, “la colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada, porque, ¿quién más puede tener información privilegiada de las estructuras, los modos de operación, los ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada?”<sup>11</sup> Una reflexión al respecto la expresamos en el capítulo siguiente.

---

<sup>10</sup> Artículos 35 a 39 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*.

<sup>11</sup> María Concepción Cruz Gómez, “Instrumentos de investigación penal”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 19-35.

## **Medidas de cooperación internacional para procurar el cumplimiento de la CNUDOT y el combate a la delincuencia organizada**

Algunas medidas relativas a la cooperación entre los Estados parte para cumplir los ordenamientos legales y de la propia CNUDOT se indican en los artículos 27 al 32, 34 y 35.

Una es colaborar (artículo 27) con el propósito de aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley para combatir los delitos que refiere la Convención, facilitando el intercambio de información, apoyando a otros Estados para realizar indagaciones, intercambiando personal, celebrando acuerdos y haciendo frente a los ilícitos cometidos, a través de elementos tecnológicos.

La colaboración con científicos y académicos para analizar las tendencias de la delincuencia organizada (artículo 28) es relevante, ya que en la mayoría de los casos sus esfuerzos no son tenidos en cuenta, por lo cual quedan exclusivamente en el ámbito de las ideas pero sin reportar beneficios tangibles.

Otras medidas son formular y desarrollar programas de capacitación para el personal y las autoridades involucradas en la prevención, la detección, la vigilancia, el acopio de pruebas, la protección a víctimas, etc. (artículo 29); promover la cooperación de los Estados parte a fin de fortalecer sus capacidades para prevenir y combatir a la delincuencia organizada transnacional y apoyarse financiera y materialmente (artículo 30); establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de ese tipo de delincuencia y reducir sus posibilidades de actuación (artículo 31); elaborar normas y procedimientos al respecto; prevenir la utilización indebida –entre otros mecanismos– de personas jurídicas a través del establecimiento de registros públicos de ellas y naturales involucradas en la constitución, gestión y financiación de esa figura legal, o

de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas.

Se dispone (artículo 32) que se establezca una conferencia de las partes en la Convención para mejorar la capacidad de los Estados parte a fin de combatir la delincuencia organizada transnacional, y promover y examinar la aplicación de la CNUDOT señalando sus funciones básicas. Cada Estado parte deberá tomar las medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del acuerdo (artículo 34).

En el artículo 35 se establece que las controversias que puedan derivar de la interpretación o la aplicación de la Convención deberán resolverse a través de la negociación o, en su caso, someterse a arbitraje u oportunamente a la Corte Internacional de Justicia.

### **Disposiciones administrativas de la Convención**

Otras disposiciones pueden considerarse administrativas y no son de particular interés, por lo que solo señalamos las que se refieren a los servicios que prestará el Secretario General de las Naciones Unidas a la Conferencia de Partes (artículo 33); fechas y reglas para la firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (artículo 36); la relación con los protocolos que la puedan complementar (artículo 37); el plazo y las condiciones para su entrada en vigor (artículo 38); los requisitos para proponer enmiendas (artículo 39); el procedimiento, los plazos y los efectos de la denuncia de la Convención (artículo 40); y la designación del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de la Convención, así como los idiomas en los cuales se redactaron los textos auténticos de la misma (artículo 41).

Como se advierte, existen lineamientos básicos tanto en la LFDO como en la Convención que no se contraponen sino que,

al contrario, tienen algunas semejanzas. José Luis Santiago Vasconcelos refiere que

Una vez analizado el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, advertimos que no existen variantes de fondo que repercutan negativamente en la aplicación de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, sino que, por el contrario, la aplicación en el territorio nacional de la Convención de Palermo viene a reforzar la voluntad del legislador de la existencia de un cuerpo normativo que tenga por objeto regular la investigación, la persecución, el procesamiento, la sanción y la ejecución de las penas por los delitos cometidos considerados por la misma ley como de delincuencia organizada (artículo 1 de la LFDO); habida cuenta de que el objeto del ordenamiento internacional, conforme con el artículo 1, es promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Sin un ordenamiento interno en la materia esto de ningún modo sería factible, razón por la cual el artículo 5 de la Convención, que prevé la penalización de un grupo delictivo organizado, establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los comportamientos que en el mismo numeral se describen.<sup>12</sup>

Lo anterior es, *grosso modo*, el contenido general de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con una muy breve referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes

---

<sup>12</sup> José Luis Santiago Vasconcelos, "Aplicación de la Convención de Palermo", en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 223-235.

y Sustancias Psicotrópicas, que no son los únicos pero sí los que consideramos más relevantes para este trabajo.

### **Otras disposiciones internacionales**

Las Convenciones que se han reseñado son solo algunas de las que se relacionan con la regulación de la delincuencia organizada internacional. Existen otras como la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos de Personas Internacionalmente Protegidas (Nueva York, 1973); el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 1997); el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 1999); la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Barbados, 6 de marzo de 2002); el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas, Componentes y Municiones (dictamen en el Senado, 19 de noviembre de 2002); y el Estatuto de Roma, entre otras.

Hemos reseñado las disposiciones jurídicas internacionales que se consideran más relevantes para considerarlas al analizar y sistematizar las disposiciones jurídicas contenidas en la LFDO.





### III. ANÁLISIS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La delincuencia organizada constituye un fenómeno de grave riesgo para la sociedad. En México, el principal instrumento jurídico de combate contra el crimen organizado es la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996. Contiene 44 artículos divididos en cuatro títulos: disposiciones generales; de la investigación de la delincuencia organizada; de las reglas para la valoración de la prueba y del proceso; y de la prisión preventiva y la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.

Su objeto, según el artículo 1, consiste en establecer reglas para la investigación, la persecución, el procesamiento, la sanción y la ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, es decir, se establece la comisión de delitos como un presupuesto para la aplicación de las disposiciones contenidas en la ley que se analiza.

De lo anterior se derivan dos aspectos importantes: el primero, que estas reglas se deben aplicar cuando se hayan cometido delitos, y el segundo, que quien los cometa debe ser miembro de la delincuencia organizada.

Por razón de generalidad, la pregunta que surge inicialmente es: ¿qué es la delincuencia organizada?, y en seguida: ¿a qué delitos se refiere esta ley? Ambas respuestas parecen perfilarse en el propio ordenamiento. En este capítulo se señalarán los principales aspectos que caracterizan en esta ley a este tipo de criminalidad y algunas incoherencias que se derivan de la misma, incluyendo algunas referencias a la

CNUTIESP, que es antecedente de este ordenamiento federal, así como a la CNUDOT.

La sistematización de los aspectos penales y procesales que se advierten en la LFDO, con algunas referencias a las Convenciones de las Naciones Unidas ya señaladas, se presenta en este capítulo haciendo énfasis sobre todo en la relativización de garantías que deriva de estas disposiciones jurídicas.

### **Contexto del surgimiento de la LFDO**

La protección de bienes jurídicos considerados relevantes es una de las tareas básicas del derecho penal y en este sentido se ha incrementado su ámbito de regulación, ya que cotidianamente se van gestando nuevos intereses que requieren ser protegidos, o los que ya existían se vuelven escasos, o cambia el valor atribuido a algunos de ellos; en tal sentido, puede hablarse de una expansión del derecho penal.<sup>1</sup>

En este contexto se ubica el surgimiento de la LFDO; sin embargo, quizá no en función de la variación de bienes jurídicos tutelados sino de la transformación que han sufrido las formas de afectarlos; es decir, las actividades tradicionales de ataque contra la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc., son más bien individuales; no obstante, la consolidación de organizaciones delictivas afecta en forma diferente y mucho más grave estos bienes jurídicos tutelados. En tal sentido, la respuesta del derecho penal ha sido ampliar su ámbito de regulación y, así, en México se ha reconocido la existencia de este

---

<sup>1</sup> Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 25-26.

fenómeno a través de reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y a las disposiciones penales y de procedimientos penales, pero básicamente a través de la LFDO, que representa un gran paso en el reconocimiento jurídico de este gravísimo problema.

Para María Concepción Cruz Gómez

El conocimiento de lo que es la delincuencia organizada basta para aceptar la existencia de una ley especial que provea un instrumento de investigación como la colaboración, en razón de que es todo un sistema delictivo, empresa u organización basados en estrategias, planeación de objetivos bien definidos; división de tareas por células o equipos; perfecta delineación de redes de comunicación; constante búsqueda de mercados orientados por formar parte de la globalización; un equipo de profesionistas, entre ellos asesores jurídicos; uso de tecnología de punta; utilización de personal especializado encubierto en distintas áreas estratégicas del gobierno; empleo de pilotos y capitanes de unidades de superficie; grupos de sicarios a su servicio; controles en sus flujos de transporte; búsqueda de formas de delinquir que sobrepasan los esfuerzos desarrollados por las autoridades para combatir la corrupción de servidores públicos; lo que la hace casi impenetrable por los medios convencionales de investigación y se demuestra plenamente con los datos estadísticos.<sup>2</sup>

Este fenómeno, que se manifiesta tanto local como transnacionalmente, no es una novedad, ya que “la criminalidad organizada no ha irrumpido de repente en la historia de la cri-

---

<sup>2</sup> María Concepción Cruz Gómez, “Instrumentos de investigación penal”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, pp. 24-25.

minalidad sino que, por el contrario, ha evolucionado de forma paralela a la historia postindustrial hasta presentarse, en los tiempos actuales, como un fenómeno nuevo y con sustanciales diferencias respecto de las formas tradicionales”.<sup>3</sup>

La lucha contra el crimen organizado no es un problema interno de un país determinado sino internacional y exige el establecimiento de mecanismos eficaces que puedan contrarrestar el fenómeno; no es posible que con una ley incoherente en algunos aspectos y con dificultades para su interpretación y aplicación se le pretenda combatir eficazmente.

No es casual que

... desde hace años, se ha expresado la preocupación de que la delincuencia organizada constituye una amenaza directa contra la seguridad y estabilidad nacional e internacional, y desorganiza y compromete las instituciones sociales y económicas, causando una pérdida de confianza en los procesos democráticos y desviando las ganancias obtenidas mediante el desarrollo.<sup>4</sup>

Sin embargo, tal parece que, al menos en México, se ha caído en el error de identificar los problemas de seguridad pública con los de seguridad nacional y al narcotráfico con la delincuencia organizada. Esto es visible por la lucha militarizada que se ha generado en contra de los narcotraficantes más que contra la delincuencia organizada.

Es decir, si se autoriza la intervención del ejército se está partiendo del supuesto de que lo que está siendo afectado por

---

<sup>3</sup> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, p. 29.

<sup>4</sup> Marino Barbero Santos, “Presentación” a *Criminalidad organizada*, pp. 6-7.

las actividades ilícitas que se pretende combatir es la seguridad nacional, lo cual no es tan claro para tratar de legitimar esa militarización.

Esta concepción de que se afecta la seguridad nacional, más que nada a través del narcotráfico, deriva, según Luis Astorga, de la dependencia que tiene México respecto a los Estados Unidos en donde en 1986, durante el mandato de Ronald Reagan, se decidió que el tráfico de drogas era un asunto de seguridad nacional, lo que tiene que ver con el alcance que se le da a este concepto. Ello se ha venido sustentando de manera paulatina en México durante varios sexenios, inicialmente con la aceptación por parte del presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) de que el tráfico de drogas constituye un problema de seguridad nacional, lo que continuó con Carlos Salinas aunque sin la intervención directa del ejército en su combate.<sup>5</sup> Lo anterior cambió a partir de Ernesto Zedillo (1994-2000), Vicente Fox (2000-2006) y ahora Felipe Calderón (2006-2012), quienes cometieron el error de que

Ninguno se inclinó por una visión de Estado, por un plan urgente y transexenal de creación de instituciones de seguridad y procuración de justicia civiles, en el que el empleo de las Fuerzas Armadas en dichas actividades fuera la excepción, el último recurso, y no algo que parece haberse convertido en la regla sin plazo conocido para dar marcha atrás.<sup>6</sup>

A pesar del reconocimiento que, de hecho, desde hace tiempo se hace de la existencia de la delincuencia organizada en el país, la legislación había guardado silencio al respecto y pa-

---

<sup>5</sup> Luis Astorga, *Seguridad, traficantes y militares. El poder y la sombra*, pp. 19-23.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 23.

recía desconocer lo que señala Luis Alonso Brucet Anaya al decir que

En nuestro tiempo, las organizaciones delictivas mexicanas relacionadas sobre todo con delitos contra la salud se ajustan en gran medida a los patrones fuertemente graves; nos encontramos, en efecto, con una delincuencia formada en gran parte por núcleos muy especializados en la violencia, entre las cuales destacan las organizaciones denominadas “Cárteles”. Asociaciones delictivas organizadas estructuralmente con grandes ganancias y de enorme poderío económico que les permite, igualmente, contar con medios modernos y con mayor capacidad de operación dando lugar a que México, al igual que muchos otros países del mundo, se encuentre con frecuencia rebasado en sus medidas de hacerles frente.<sup>7</sup>

Es indudable que, en muchas ocasiones, la realidad rebasa al derecho y que éste va en su persecución sin darle alcance; esto ha ocurrido y ocurre en cuanto a la delincuencia organizada, ya que la legislación específica al respecto surgió en el año 1996, pero mucho antes ya existían grupos dedicados a los secuestros, al narcotráfico, a la piratería, etc., que se organizaban en forma jerárquica para delinquir. Además, aunque ahora se cuenta con la LFDO esto no implica que sea un instrumento acabado y eficaz, ya que, además de que toda legislación es perfectible, un proceso como el fenómeno delincriminal que nos ocupa evoluciona de manera cotidiana y de 1996 a la fecha se ha transformado, por lo que se requiere una adecuación del marco jurídico relativo.

---

<sup>7</sup> Luis Alonso Brucet Anaya, *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, p. 326.

Brucet Anaya hace una exposición de la forma como surgió la LFDO; de la necesidad de crear un instrumento jurídico para hacerle frente al fenómeno; de la trascendencia de la suscripción, adhesión y ratificación de México a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que comprometió a nuestro país a establecer medidas de política criminal para enfrentar las actividades ilícitas organizadas; de la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Organizada como el antecedente más inmediato del tipo penal de delincuencia organizada; de la inclusión del término “delincuencia organizada” en el texto del artículo 16 constitucional; de las reformas a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales federales; de la creación por parte de la Procuraduría General de la República del Centro Nacional de Planeación y Control de Drogas (CENDRO) y del Instituto Nacional para el Combate de las Drogas (Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Salud); de la intención que surgió en diversos foros, en 1995, para crear una *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*; de la mención especial en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 sobre la lucha contra el crimen organizado; de la publicación, a fines de 1995, de la Ley General que establece las Bases de Coordinación Nacional de Seguridad Pública, que contiene la creación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la presentación, en octubre de 1996, del Anteproyecto de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* y su modificación, hasta que el 18 de marzo de 1996 se presentaran a la Cámara de Senadores las iniciativas de reforma al artículo 20 fracción I, a los artículos 16, 21, 22 y 73 fracción XXI y la referente a la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, la cual, después de más de un año de controversias, el 15 de octubre de 1996 fue aprobada por las Comisiones de Justicia y Estudios Legislativos de la H.

Cámara de Senadores, con 111 votos a favor y una abstención, ley que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, y complementada con el Decreto de Reformas al Reglamento de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 1997, que establece la creación de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada, la desaparición del Instituto Nacional para el Combate a las Drogas y la creación de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Salud.<sup>8</sup>

En este contexto surgió la ley que se comenta, dirigida al entorno nacional por ser una legislación federal, pero que no contiene elementos para regular el fenómeno cuando se presenta en el contexto de la globalización.

En la parte orgánica, por así denominarla, la LFDO establece que para la investigación de la delincuencia organizada la Procuraduría General de la República debe contar con una unidad especializada en investigar delitos cometidos por miembros de ese tipo de organización criminal y perseguirlos, la forma en que debe integrarse y las funciones que debe realizar (artículo 8). Asimismo, reglamenta la coordinación que debe existir entre el Ministerio Público de la Federación y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando el delito relativo a la investigación sea de operaciones con recursos de procedencia ilícita, la vía para solicitar información relativa al sistema bancario, financiero o fiscal, y el uso exclusivo y confidencial de la información que se recabe (artículo 9).

En el ámbito fáctico se habla, por ejemplo, de que la policía recibe equipamiento, mejores armas o vehículos; sin embargo, se debe recordar que es el derecho el que debe guiar la actua-

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 329-345.



ción de las autoridades para no retroceder y caer en la venganza pública como muestra de su incapacidad para enfrentar el problema, el cual escapa a los mecanismos tradicionales de control, ya que, así como “las grandes organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial con la creación de zonas de libre comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los controles”<sup>9</sup>, también los Estados deben lograr consensos y cooperación efectivos aprovechando las ventajas de ese universo donde, en el mejor de los casos, las autoridades actúan o al menos deben actuar con la fortaleza que la legalidad y las instituciones pueden proporcionarles.

### **Delimitación conceptual en el marco de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada***

Respecto a la interrogante ¿qué es la delincuencia organizada?, existen diversas opiniones; sin embargo, todas tienen como elementos comunes la afirmación de que se requiere la concurrencia de personas que se unen y organizan para delinquir y que los delitos que tienen como objetivo cometer son graves por atentar contra bienes jurídicos considerados relevantes.

Además, estas agrupaciones tienen la pretensión de evadir el castigo por sus actividades, e inclusive se llega a equiparar

---

<sup>9</sup> Isidoro Blanco Cordero, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Criminalidad organizada*, pp. 17-53.

a la delincuencia organizada con una empresa delictiva, con una superestructura y una infraestructura diseñada de tal forma que es difícil que pueda ser descubierta por la autoridad.<sup>10</sup>

Hablar de la delincuencia organizada como una verdadera empresa no es alejado de su funcionamiento, ya que precisamente la organización es una de las actividades básicas del proceso administrativo, además de la planeación, la dirección y el control de sus acciones, con la finalidad de alcanzar los objetivos establecidos con anterioridad, que son, entre otros, la obtención de poder, de prestigio y, sobre todo, de dinero.

La organización es un aspecto característico que involucra la concurrencia de rangos jerárquicos entre sus miembros, donde uno o más tienen poder de mando y decisión sobre otros; es una entidad que existe y subsiste con independencia de sus elementos, es decir, no se trata de una agrupación que dependa de quienes son sus integrantes, sino que, inclusive, trasciende la vida misma de éstos, ya que a pesar de que puedan ser encarcelados e incluso pierdan la vida, la organización delictiva no perece sino que renueva constantemente a sus integrantes y niveles de mando, aunque sea sin una identificación clara entre los participantes sino solo por virtud de las funciones que desarrollan.

Para Brucet Anaya,

... por delincuencia organizada debemos entender a aquel grupo, banda, asociación, organización de individuos o conjunto de personas que unidas en confabulación, planeación, preparación y sistematización, por medio del empleo de medios de violencia, fraude y corrupción, realizan permanentemente

---

<sup>10</sup> María Concepción Cruz Gómez, *op. cit.*, p. 19.

o frecuentemente conductas encaminadas a la consecución de acciones ilícitas graves, pudiendo enmarcarse dentro de un mercado ilegal de ofrecimiento de bienes y venta de servicios ilícitos con connotaciones y alcances a veces transnacionales, con la finalidad de conllevar a la obtención, creación y utilización ilícitamente de fuentes reales de poder económico, social y político, permitiendo, con su dinámica delictiva, poner en riesgo los bienes inherentes del hombre como la libertad y la vida y afectar gravemente los principios de seguridad, estabilidad, orden y paz social.<sup>11</sup>

De conformidad con el artículo 2 de la LFDO, la delincuencia organizada se presenta cuando tres o más personas se organicen, de hecho, para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que, de acuerdo con las seis fracciones del mencionado artículo, son: terrorismo, terrorismo internacional, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos; corrupción de personas, pornografía, turismo sexual o lenocinio en contra de menores o incapaces; asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y trata de personas. Todos ellos previstos y sancionados por las leyes y los preceptos que menciona la LFDO, delitos que en este momento no analizaremos, pero que nos sirven para reflexionar que esa organización debe tener como objetivo cometer uno o más de estos ilícitos.

Como se advierte, la LFDO no define la delincuencia organizada, solo indica en qué casos se puede considerar a una

---

<sup>11</sup> Brucet Anaya, *op. cit.*, p. 325.

persona miembro de ella no obstante que, como señala Marta Gómez de Liaño, “Las instancias de persecución –cualesquiera que sean– necesitan disponer de una definición, toda vez que conviene saber, con precisión, qué se está buscando, a qué y cómo hay que reaccionar, y qué es lo que se quiere investigar”.<sup>12</sup> Por lo tanto, falta precisión en este concepto a pesar de que se haga referencia a los elementos para su integración, ya que se manejan aspectos tan ambiguos como lo que debe entenderse, por ejemplo, por organización. Sin dejar de comentar que antes de la reforma a la LFDO, en 2009, se establecía que la delincuencia organizada se integraba cuando tres o más personas “se organicen o acuerden organizarse” para cometer los delitos que se mencionaban y que, igualmente, fueron ampliados en su catálogo o enunciación, concepto que era aún más ambiguo que el que ahora se maneja.

Un aspecto general que es importante señalar es que de conformidad con el artículo 7 de la ley federal en la materia, son supletorias de este ordenamiento las disposiciones del *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común* y para toda la república en Materia de Fuero Federal. Aquí se advierte una denominación errónea, ya que debería decir *Código Penal Federal*, que es lo correcto, aunque además de este aspecto, por virtud del principio de legalidad, pueden ser supletorias leyes procesales pero no sustantivas, al menos no en cuanto a la tipificación de conductas ni a las sanciones; asimismo, es supletorio el *Código Federal de Procedimientos Penales* y las disposiciones jurídicas de “la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, así como las comprendidas en leyes especiales”. Al respecto, no se precisa a qué legislación se refiere, lo cual

---

<sup>12</sup> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, *op. cit.*, p. 32.

resta claridad a esta disposición que debería ser rigurosa en la denominación de las leyes que pueden ser aplicadas en forma supletoria, pues de no hacerlo así se está vulnerando el principio de exacta aplicación de la ley, sobre todo en el ámbito del derecho represivo.

Lo indudable es que este precepto jurídico cumple los requisitos necesarios para dotarla de obligatoriedad y es una ley especial porque señala un delito en un ordenamiento diferente al *Código Penal*.

### **Los delitos que se incluyen en la LFDO**

El artículo 2 de la LFDO establece la descripción legal que corresponde a la delincuencia organizada, y es casuístico en cuanto a los delitos que la organización criminal debe proponerse realizar o en algún momento realice. En dicho artículo se encuentra una enumeración al respecto, que incluye los siguientes tipos penales:

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional, previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;
- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;
- IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, señalado en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal; y
- VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

En todos estos casos, las sanciones por los delitos cometidos se incrementan en gran medida cuando se resuelve que quien los perpetra pertenece a la delincuencia organizada, tal como se esquematizará más adelante al hacer referencia a la punibilidad.

Las conductas que los grupos delictivos organizados adoptan rebasan seguramente las hipótesis previstas en la LFDO, de ahí la importancia de reflexionar sobre este problema de seguridad pública que pone en riesgo a todas las personas, en todos los lugares del mundo, por la posibilidad de que sean

vulnerados bienes jurídicos en su perjuicio como resultado de la actuación de la delincuencia organizada.

### **Tipificación de la delincuencia organizada ¿doble incriminación?**

Cuando nos preguntamos qué es la delincuencia organizada, en qué consiste, pensamos en un fenómeno ilícito que se presenta ordenadamente (aun dentro de su ilicitud). No obstante, al encontrar su descripción en una ley especial, debemos afirmar, no sin cierta reticencia, que se trata de un tipo penal efectivamente especial por encontrarse el supuesto jurídico que le da vida en un ordenamiento diverso al *Código Penal*, aunque la descripción incluya que la finalidad o el resultado sea la comisión de delitos que específicamente prevé la legislación penal. Como consecuencia, se presenta un tipo penal en particular, en este caso el que corresponde al delito de delincuencia organizada, el cual, según Samuel González Ruiz, “no pretende prohibir nuevas conductas, sino hace una sistemática a través de la cual sea más fácil sancionar a los integrantes de la delincuencia organizada”.<sup>13</sup> Sin embargo, no siempre lo más fácil es lo más adecuado y en este caso la afectación a los derechos subjetivos públicos que pueden presentarse es un punto débil en la lucha contra las organizaciones delictivas.

Además de encontrarse la referencia a la delincuencia organizada, en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se

---

<sup>13</sup> Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, p. 98.

advierte igualmente, aunque no como tipificación de ese tipo de criminalidad sino para caracterizar al grupo de personas que la realizan o que actúan en ella, que el grupo delictivo organizado es “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. De este concepto se derivan algunos elementos para que exista este tipo de grupo, que serían:

1. La existencia de un grupo estructurado.
2. Que dicho grupo cuente con tres o más integrantes.
3. La permanencia del grupo durante cierto tiempo.
4. El acuerdo para actuar.
5. Que ese grupo tenga como propósito cometer uno o más delitos graves o tipificados por la Convención.
6. Que su finalidad sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.

Esto nos da un panorama más amplio, al menos territorialmente por tratarse de una disposición de carácter internacional,<sup>14</sup> de lo que se identifica como grupo delictivo organizado, que tiene algunos elementos similares y otros distintos a lo que se deriva de la LFDO. Sin embargo, no existe precisión en la idea y tal parece que “Cuando un informe, una decisión o una medida legal introducida habla del crimen organizado, se refiere a una idea más que a una amenaza que se haya indagado con precisión”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Aunque cuatro años posterior a la LFDO.

<sup>15</sup> Jörg Kinsing y Anna Luczak, “El manejo del crimen organizado en la Unión Europea y Alemania (comprensión y respuesta a una presunta amenaza)”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, p. 164.



En México, el tipo penal de delincuencia organizada es el previsto por el artículo 2 de la LFDO, que dice que cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: terrorismo, terrorismo internacional, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas, pornografía, turismo sexual o lenocinio en contra de menores o incapaces, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y trata de personas, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

De esta descripción legal se deriva que la conducta sancionada es la organización de hecho, la cual se distingue del anterior texto del artículo 2 que solo requería el acuerdo para organizarse o la organización misma. Bajo los parámetros que la propia disposición indica y del precepto citado, se desprenden, como elementos del tipo, los siguientes:

1. La concurrencia de tres o más personas.
2. Que dichas personas se organicen de hecho.
3. Que dicha organización tenga como propósito realizar en forma permanente o reiterada conductas.
4. Que las conductas que se pretende realizar por sí mismas o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno de los delitos ya mencionados.

El texto del artículo 2 de la LFDO se torna difícil para desenrañar el alcance de las implicaciones que pueden derivar de esta tipificación. Es importante precisar que previo a la reforma de 2009, cuando la conducta consistía en “acordar organizarse”, tradicionalmente a lo que se podría referir tal vez

fuera a una tentativa; sin embargo, en este caso en que el comportamiento jurídicamente sancionado era justo ese acuerdo, entonces consideramos que se trata de un tipo penal de peligro abstracto, que implica una sanción sin necesidad de que se presente un resultado, ya que, como señala Günther Jakobs, “los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad, entendida ésta [...] en sentido normativo”.<sup>16</sup> Actualmente se precisa una organización “de hecho”, lo cual tampoco es del todo claro; pero advertimos que los elementos marcados con los incisos 1 y 2 son objetivos y de ellos se deriva el núcleo del comportamiento punible que es la organización que realicen tres o más personas, pues lo que se sanciona es que esas personas se “organicen de hecho para”, sin que se exija la existencia misma del delito para el cual se organizan, ya que, al parecer, esta hipótesis es independiente del proceder y del resultado. En este caso, se trata de un delito de peligro abstracto que implica una punición anticipada de la posible conducta a realizar.

Esta reglamentación parece alejarse de lo que dispone el artículo 16 de la CPEUM, que señala, no en cuanto a la sanción sino a la orden de aprehensión, que previamente a la misma debe existir denuncia o querrela de un hecho que la ley considere como delito y existan datos de que se ha cometido y que el indiciado lo perpetró o participó en su comisión.

Es interesante comentar que anteriormente a la reforma al artículo 2 cabía la pregunta sobre si acordar organizarse puede actualizar algún tipo penal y, por lo tanto, integrar el cuerpo del delito, y en todo caso resultaba complejo determinar cuáles son los elementos materiales que se tendrían que acreditar para que procediera primero una orden de aprehensión y

---

<sup>16</sup> Günther Jakobs, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, p. 20.

finalmente una sanción. A pesar de esta falta de claridad, el *Código Federal de Procedimientos Penales* en su artículo 194 ya señalaba desde entonces: “Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes: [...] II De la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, el previsto en el artículo 2”; es decir, la conducta sancionada era “acuerden organizarse o se organicen” y ahora es “se organicen de hecho”, como ya se ha mencionado, y además se considera grave.

Si la actuación que se realiza consiste en que tres o más personas se organicen para cometer alguno de los delitos ya citados, de igual manera cabe preguntarse si estamos en presencia de un tipo penal, y si esto es así, insistimos en que la opción que nos queda es considerarlo como un tipo penal de peligro, ya que no se precisa que exista un resultado material, solo que dicha organización se proponga cometer uno o más ilícitos.

Sin embargo, el artículo 3 de la LFDO establece que los delitos que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de dicha ley, excepto los delitos señalados en las fracciones V y VII del artículo 2, que lo serán solo si además el Ministerio Público de la Federación ejerce facultades de atracción, es decir, en este último caso son delitos del fuero común pero que, según la disposición legal, se cometan por miembros del crimen organizado.

En cualquiera de estas hipótesis se deben actualizar dos supuestos: el primero, que una persona sea miembro de la delincuencia organizada; y el segundo, que cometa alguno de los delitos ya señalados. Esto parece congruente con el objeto de la LFDO pero no con el artículo 2, ya que establece que se deberá sancionar aunque no se cometa el delito o los delitos. Para

precisar, podemos señalar que en este aspecto es importante, en todo caso, ampliar el propósito de la ley, pues el artículo 1 resulta insuficiente y no puede incluir la mera organización de tres o más personas.

El tema fundamental es de qué tipo de estructura debe tratarse para considerar que, en efecto, existe la posibilidad de constituir la organización criminal, o si basta aceptar esa posibilidad aunque no se tengan los elementos físicos y materiales para ello, porque debemos recordar la vieja distinción entre disposiciones jurídicas y reglas morales, estas últimas que no interesan al derecho precisamente por su imposibilidad de afectar bienes jurídicos ya que pertenecen a la esfera interna del sujeto.

Los marcados con los incisos 3 y 4 son elementos subjetivos del tipo, porque basta el “propósito de realizar ciertas conductas”, lo que de nuevo implica la intención dolosa de realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 2 de la referida ley.

Cuando esa agrupación tiene como resultado la comisión de uno o más de los ilícitos señalados, podemos pensar en una doble incriminación, una por organizarse y la otra por el hecho que se cometa, lo cual incrementa significativamente la sanción que pueda ser aplicada, pues de conformidad con el artículo 4 de la LFDO, las penas aplicables al miembro de la delincuencia organizada —más bien sería por ser miembro de ella— son independientes de las sanciones aplicables por el delito o los delitos cometidos, y van desde ocho hasta cuarenta años de prisión, dependiendo de la hipótesis de que se trate, a lo cual se deberá sumar la sanción que se imponga por el resultado concreto, es decir, por la comisión del acto ilegal en particular.

Lo anterior implica que un delito se actualiza por acordar organizarse o por organizarse y otro por la comisión específica de alguno de los ilícitos que especifica el artículo 2 de la LFDO. Esto ocurre a pesar de que, en algún caso concreto,

la organización que cometa esos delitos sea un medio indispensable para la realización de los mismos y, por así decirlo, parte integrante de ellos, como fase previa a la ejecución de lo planeado.

De tal manera encontramos una doble sanción por el mismo hecho, que en todo caso sería la planeación del delito, lo cual nos lleva a la vulneración del principio *non bis in idem*, pero con una interpretación no restrictiva sino en el sentido de prohibir, juzgar, castigar o perseguir a alguna persona dos veces por el mismo hecho sin necesidad de que exista una condena previa,<sup>17</sup> vulnerándose este principio también al recalificar la conducta de un individuo para sancionarlo con mayor gravedad sin importar si al hecho materialmente establecido se le atribuyen dos determinaciones formales diversas; es decir, se les ubica como actualización de dos tipos penales diversos, ya que

Esto que parece fácil de entender, en la práctica no es tan sencillo, ya que es frecuente que a los mismos hechos se les pretenda etiquetar con diferentes títulos de delitos (*nomen iuris*). Lo que salvaguarda este principio es el hecho histórico, cualquiera que sea su denominación jurídica.<sup>18</sup>

Consideramos que esta vulneración puede ocurrir inclusive en el mismo proceso a pesar de que formalmente se hace alusión a hechos anteriores (juicio o procesamiento).

Es decir, la LFDO establece una hipótesis general que consiste en la organización, pero respecto a los delitos que tengan

---

<sup>17</sup> Sobre el alcance del principio *non bis in idem*, así como sobre el concepto e interpretación restrictiva que considera el derecho mexicano, véase Raúl F. Cárdenas Rioseco, *El principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 72.

como fin o resultado, los especifica, ya que por virtud de la exacta aplicación de la ley penal prevista en el artículo 14 constitucional no podrá actualizarse y menos aún sancionarse como delincuencia organizada al grupo que tenga como propósito cometer algún delito diferente, aunque resulte de igual o incluso de mayor gravedad que los especificados en el artículo 2 del ordenamiento federal.

Por otra parte, el crimen organizado puede generar, o al menos pretender, la realización de diversos hechos delictivos y, con base en los comentarios hechos anteriormente, uno de los aspectos importantes a reflexionar es el asunto de si efectivamente se puede considerar a ese tipo de delincuencia o a alguno de los delitos que se pudieran suscitar como consecuencia de su organización, como una vulneración a la seguridad nacional, tal como se ha planteado en el discurso y aceptado en México.

En tal sentido, es necesario tener en cuenta lo que establece la *Ley de Seguridad Nacional*, específicamente los artículos 3 y 5 que indican que

ARTÍCULO 3. Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conllevan a:

- I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;
- II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;
- III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;
- IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*;

- V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y
- VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

El artículo 5 señala que son amenazas a la seguridad nacional las siguientes:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*;
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;
- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

Y si en el caso, los delitos que pretenda realizar el grupo de personas que se organiza son terrorismo, terrorismo internacional, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas, pornografía, turismo sexual o lenocinio en contra de menores o incapaces, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y trata de personas. Si lo reflexionamos y tratamos de encuadrar estos ilícitos en las diversas fracciones del artículo 5 de la *Ley de Seguridad Nacional*, pareciera ser que, sin duda, los únicos hechos que se adaptan a este numeral son los dos primeros, es decir, el terrorismo y el terrorismo internacional, porque este tipo penal está mencionado expresamente como amenaza a la seguridad nacional y esto siempre que surtan sus efectos dentro del país. De ahí que, aunque en este momento no se analiza con mayor detalle, es interesante esta reflexión, ya que las medidas que se han tomado en contra del narcotráfico se han hecho, sobre todo, bajo el argumento de que este ilícito y la delincuencia organizada son en general amenazas a la seguridad nacional lo cual, como vemos, no está justificado con base en el concepto de seguridad nacional ni de las hipótesis que constituyen amenazas a la misma, de acuerdo con la ley que específicamente regula estos aspectos.

Por otra parte, como ejemplo de los delitos *resultado*, por llamarlos de alguna manera, podemos señalar aquel que atenta contra la salud, en la hipótesis contenida en el artículo 194 fracción I del *Código Penal Federal* que indica:

ARTÍCULO 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días de multa al que:

I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos seña-



lados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

Para la integración de este delito se requiere complementar las conductas abstractas que prevé con las normas administrativas de la *Ley General de Salud* respecto a la clasificación de los narcóticos y, además, con un elemento normativo que consiste en la ausencia de la autorización correspondiente. De tal manera, para que la delincuencia organizada pueda actualizarse teniendo como finalidad este ilícito es necesario organizarse de hecho para realizar alguna de las conductas señaladas en la fracción I del artículo 194 del *Código Penal Federal*, pero no solo en cuanto a los elementos objetivos, es decir, producir, transportar, etc., sino, además, hacerlo específicamente respecto a los narcóticos indicados en la *Ley General de Salud* y, además, tener la conciencia de que lo pretenden realizar sin la autorización correspondiente en forma permanente o reiterada.

Asimismo, podemos mencionar la hipótesis contenida en el primer párrafo del artículo 400 Bis del *Código Penal Federal*:

ARTÍCULO 400 Bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos,

derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

También, en este caso, organizarse implica que se haga para adquirir, enajenar, administrar, etc., recursos, derechos o bienes, pero con el conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita y con los propósitos indicados en el artículo mencionado. No basta que se acredite el elemento organización del tipo penal de delincuencia organizada, sino que debe acreditarse que el elemento subjetivo para realizar y tener como fin o resultado, que implica en realidad el propósito de ese acuerdo u organización, se hace para realizar conductas objetivas, pero que se complementan con elementos subjetivos, como el conocimiento de su procedencia y con propósitos concretos; en tal sentido, para que pudiera integrarse el delito de delincuencia organizada deberían existir ya los recursos, derechos o bienes y que las tres o más personas que se organicen o pretendan hacerlo tengan el conocimiento previo de la procedencia ilícita de los mismos, y que incluyan en su acuerdo el propósito que perseguirán con la adquisición, la enajenación, etc. No interpretarlo de esta manera implica considerar integrada la delincuencia organizada cuando no se actualizan todos y cada uno de los elementos del mismo, que por su propia redacción generan que se tenga también en esa organización el propósito de integrar con la conducta acordada todos y cada uno de los elementos del tipo penal concreto que se pretende realizar.

Al respecto, González Ruiz identifica lo que él denomina participación delictiva organizada con una estructura de *doble*

*plano*; el primero se integra por la participación en una organización y el segundo que dicha estructura cometa lo que denomina delitos *predicados*, es decir, los señalados en la propia descripción legal, aunque agrega que su finalidad es lograr un beneficio económico o material.<sup>19</sup>

Ya en el proceso penal, la demostración de estos elementos del tipo no es sencilla, pues se deben justificar, en su caso, cuestiones como un acuerdo previo a la organización pero sin que se indique en la disposición qué debe entenderse por organizarse de hecho o qué grado de compromiso –pues no podría ser formalidad, por lo ilícito del acuerdo– debe existir entre los participantes para que se considere como una organización, o si un solo comentario o reunión para tal efecto puede integrar los extremos de esta hipótesis. Asimismo, en su caso, habrá que demostrar un elemento subjetivo que consiste en el propósito de esa agrupación.

A lo anterior se suman incoherencias en la denominación que se utiliza en algunos apartados de la LFDO; tal es el caso del artículo 40 incluido en el título tercero, que se refiere a las reglas para la valoración de la prueba y del proceso. Dicho ordenamiento menciona que para la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado, el juez valorará prudentemente la imputación que hagan los participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa. La redacción de este precepto es desafortunada, ya que no precisa a qué momento procesal se refiere y parece mezclar conceptos que se aplican en diversas etapas; además, no guarda concordancia con el artículo 16 de la CPEUM relativo a la orden de aprehensión, o con el 19 de la misma ley que establece los requisitos para dictar un auto de vinculación a proceso, que no se refiere a los elementos de tipo penal.

---

<sup>19</sup> Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, *op. cit.*, p. 100.

El citado artículo 40 menciona la responsabilidad del inculpado, la cual solo puede tenerse por acreditada al dictarse la sentencia y no antes, pues entonces sería la probable responsabilidad, por lo que no es correcto atribuir este término a quien es solo inculpado pero aún no sentenciado; y, finalmente, de conformidad con este ordenamiento, el juez debe valorar la imputación de los participantes en el hecho, aunque podría darse el caso de que no señalen al inculpado sino que su “participación” se derive de las versiones de éstos; además, si estas disposiciones deben aplicarse al dictar el auto de formal prisión o de libertad y, más aún, si es al dictar sentencia, no solo se deben analizar las pruebas recibidas en la averiguación previa sino también en las actuaciones practicadas ante la autoridad judicial. En tal sentido, este precepto requiere una mayor claridad y congruencia en los conceptos que maneja para evitar alguna confusión al ser interpretado y, lo que es más importante, para no atribuir responsabilidad a una persona que aún no ha sido sentenciada.

La sanción aplicable a las personas que vulneran la ley penal está formalmente legitimada; sin embargo, en la realidad, para la sociedad es más fácil comprender que se sancione a quien con su conducta genera un resultado dañoso que a quien solo pone en riesgo algún bien jurídico, y, en el caso que nos ocupa, ese riesgo deriva de la organización con el propósito de delinquir. Por ello

La excepción que representa la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* es en el sentido de que, al igual que como sucede con la asociación delictuosa, prevé una sanción a los actos preparatorios a la consecución del delito. Esto se refiere a castigar el acuerdo de voluntades con fines delictivos sin haber externado, físicamente, esa voluntad delictiva —expre-

sa la ley-, “acuerden organizarse o se organicen” (ahora, organizarse de hecho).<sup>20</sup>

La sanción para quien no ha vulnerado bienes jurídicos concretos y la restricción de garantías para los sujetos que incurrir en la conducta tipificada implican un acercamiento hacia el derecho penal del enemigo, cuyas líneas generales se comentarán en el siguiente capítulo.

En el caso, la conducta sancionada, independientemente de las que en efecto se han realizado, es la organización para lograr los propósitos que el supuesto jurídico señala, como cuando se pretende realizar alguno de los delitos que la propia ley establece, que ya mencionamos anteriormente, tal es el caso de terrorismo, algunos contra la salud y el secuestro, entre otros. En este contexto, nos encontramos en una criminalización en el estadio previo a la lesión, donde se define como peligroso un comportamiento interno que corresponde a la esfera privada del individuo,

... pues tal comportamiento no es desprivatizado por su general peligrosidad, sino por el contexto de planificación en que se encuentra, como lo indican, no en última instancia, los marcos de la pena previstos. La desprivatización se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a otro aspecto interno, concretamente al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponde ya al derecho penal de ciudadanos, sino al derecho penal de enemigos.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Luis Alonso Brucet Anaya, *op. cit.*, p. 52.

<sup>21</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, p. 417.

Aunado a lo anterior, existe el sentimiento latente de la inseguridad que implica, para la opinión pública, que el sujeto señalado como miembro de una organización criminal sea juzgado de antemano como peligroso, lo que conlleva una vulneración evidente del principio de presunción de inocencia.

A pesar de que pueda discutirse la pertinencia de una reglamentación de este tipo, legalmente no existe impedimento para el ejercicio de la acción penal; incluso, antes de la reforma al concepto de la delincuencia organizada, podía hacerse por la mera intervención en el acuerdo para organizarse, aunque no se concretara esa organización, ya que se decía que

... no existe impedimento legal para ejercitar acción penal, por adecuarse el comportamiento del inculpado al tipo señalado, ya que si bien en cierto que en la parte general del *Código Penal Federal* no se establece ninguna norma que sancione el mero acuerdo, ni los actos preparatorios, como sí lo hace con los actos de ejecución de la acción típica, al sancionar la tentativa también lo es que la existencia de tipos en la parte especial (como la conspiración para cometer un delito de traición a la patria, prevista en el artículo 141 del CPF, la asociación delictuosa, artículo 164 del mismo ordenamiento, y la delincuencia organizada, artículo 2 parte inicial de la *Ley contra la Delincuencia Organizada*) posibilita sancionar el mero acuerdo, al dirigir la amenaza punitiva al autor del entendimiento recíproco para la comisión de delitos, sin que la descripción exija un acto posterior.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> José Luis Santiago Vasconcelos, “Comentarios al artículo 2 de la *Ley Federal contra la delincuencia organizada* (con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales)”, en Eduardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, p. 229.

¿Esto implica una transformación penal?<sup>23</sup> La respuesta es que la propia legislación está vulnerando el principio de *non bis in idem*, es decir, la prohibición de juzgar a una persona dos veces por los mismos hechos, aunque técnicamente esto implique una previa condena a través de una sentencia por actos determinados y una segunda acusación y correspondiente juzgamiento por los mismos ilícitos.<sup>24</sup> El resultado concreto, en el caso que se comenta, deviene en algo similar, es decir, sancionar doblemente a una persona, primero por organizarse y a la vez (en la misma sentencia) por lograr lo que dicha organización se propuso. Más que una transformación penal, esto implica nuevas disposiciones para tratar de enfrentar situaciones que, de inicio, se consideran emergentes o excepcionales; sin embargo, la dificultad se presenta porque más que acontecimientos de esta naturaleza, de lo que se trata es de acciones que ocurren cotidianamente y cada vez con mayor gravedad.

Otro problema adicional es el que se refiere a la concurrencia de la delincuencia organizada, que es de competencia federal, con tipos penales de competencia del fuero común,

---

<sup>23</sup> En el protocolo del proyecto *Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización*, avalado por Conacyt y desarrollado por académicos de la Facultad de Derecho e investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UV, denominamos transformaciones jurídicas a los “cambios sustanciales en las categorías conceptuales básicas del análisis dogmático penal que inciden en los demás elementos del modelo y que implican una incapacidad del modelo tradicional para explicar el problema a estudio”. Aunque esta conceptualización puede ser modificada, en el caso de las reglas contenidas en legislaciones relativas a la delincuencia organizada, no podemos hablar aún de transformaciones jurídicas como tales, ya que, a pesar de que se refieren a cuestiones procesales y a los derechos y garantías del gobernado, no constituyen nuevos paradigmas que sustituyan los existentes en el modelo tradicional del derecho.

<sup>24</sup> Rafael Márquez Piñero, “Non bis in idem”, *Diccionario jurídico mexicano*, pp. 2201-2202.

como por ejemplo asalto, secuestro, lenocinio, corrupción de menores o robo de vehículos, de conformidad con lo dispuesto por la fracción V del artículo 2 de la LFDO, en los cuales las legislaciones aplicables son los códigos penales de cada entidad federativa.

En este caso, conforme al artículo 3 de la LFDO, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción, por lo que junto con las autoridades judiciales federales son las competentes para conocer de tales delitos.

No obstante, preocupa que un tipo penal que implica sanciones elevadas para quien los comete adolezca de no ser precisa en sus elementos y pueda encuadrarse en él cualquier forma de organización y de participación que una persona pueda tener en ella por intrascendente que resulte su intervención.

Resulta indudable la necesidad imprescindible de luchar contra la delincuencia organizada; sin embargo, los mecanismos que se utilizan deben ser reflexionados, valorados y, en su caso, adecuados a los principios básicos del derecho, sobre todo si, como en este caso, una de las consecuencias de no hacerlo puede ser la palpable vulneración a las garantías constitucionales, pues lo contrario es llevarnos hacia un derecho penal del enemigo que por desgracia empieza a surgir no solo doctrinariamente sino en la legislación.

### **Presunción de culpabilidad y no de inocencia**

Los principios de mínima intervención y presunción de inocencia, entre otros, parecen tambalearse cuando se trata de algunos mecanismos legales que pretenden el combate a la nueva criminalidad. La disminución de garantías, en aras de aplicar todo el peso de la ley a los actores del delito, son una muestra de que, como dice González de la Vega,



Lo emboscado y difuso de la nueva agresión torna a nuestros medios legales e institucionales de reacción, ingenuos e ineficaces. Su modificación, para tratar de empatarlos con las dimensiones del embate, se ha “montado” en el simplista camino de cancelar, limitar, menguar, el catálogo de garantías y derechos fundamentales de todos, generándose únicamente perjudicar al ciudadano común y corriente pero no al transgresor [*sic*] internacional y difuso.<sup>25</sup>

Actualmente se habla de un derecho penal de dos o más velocidades.<sup>26</sup> El de primera estaría integrado por los delitos que podríamos llamar tradicionales, sancionados con penas privativas de libertad y donde se exige rigor para aplicar las reglas de imputación así como el respeto a los derechos y garantías individuales; el de segunda se conformaría por los delitos que responden a la aparición de nuevos riesgos en la sociedad globalizada, no sancionables con penas privativas de libertad sino con otro tipo de castigos como multas, y se exigiría menos rigor en cuanto a la acusación y a los derechos y las garantías del gobernado. Pero también se ha cuestionado la existencia de una tercera velocidad en la que “el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”.<sup>27</sup> Se asume esta posibilidad como una cuestión excepcional para enfrentar problemas de emergencia, lo que supuestamente

---

<sup>25</sup> René González de la Vega, *La lucha contra el delito. Reflexiones y propuestas*, pp. 45-46.

<sup>26</sup> Al respecto, véase Patricia Faraldo Cabana, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en José Ángel Bradariz García y Luz María Puente Aba (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, p. 305.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 306.

legítima la reducción de la esfera de derechos. Es algo similar a lo que se deriva de algunas de las normas de la LFDO; el problema radica en que esta ley es de aplicación general para las conductas que describe y de vigencia indeterminada, por lo que pareciera ser que las disposiciones jurídicas que se plantean como excepcional están cobrando generalidad, seguramente porque se reconoce que la delincuencia organizada no es un hecho de excepción, sino de existencia cotidiana en la sociedad actual. Tan es así que el 20 de marzo de 2007, el presidente Felipe Calderón anunció un paquete de reformas en materia de impartición de justicia que incluye ocho puntos básicos, que se resumen de la siguiente forma:

1. Promulgación de un código penal único para todo el país.
2. Reformas a la *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* para reconocer la autonomía del Ministerio Público.
3. Reforma al artículo 123 constitucional para que policías y agentes ministeriales que estén involucrados en actividades ilícitas puedan ser removidos de sus cargos sin reinstalación ni indemnización.
4. Reserva de los nombres y los datos personales de los acusadores “en los casos más delicados y relevantes”.
5. Instauración de la extinción de dominio de bienes utilizados por la delincuencia organizada para que pasen al del Estado, como en el caso de las expropiaciones del gobierno capitalino en el barrio de Tepito.
6. Fortalecer las medidas de protección adicionales a las ya estipuladas por la *Constitución* para las víctimas de los delitos de violación y secuestro, y se propone “legitimar activamente” a las víctimas de los delitos para darles facultades, entre otras, de exigir la reparación del daño en el proceso penal y para impugnar las resoluciones del

Ministerio Público que injustificadamente resulten lesivas a sus intereses.

7. Proponer la fijación de reglas para el dictado de órdenes de arraigo en los casos de delitos graves y delincuencia organizada, así como para la realización de cateos que permitan mayor efectividad en la investigación. Igualmente, juicios que otorguen especial protección a los participantes en los procesos, en especial a las víctimas, los testigos y los denunciantes.
8. Dotar de facultades de investigación a la policía y crear un Sistema Nacional de Desarrollo Policial que regule el ingreso, la selección y la permanencia de los miembros de los cuerpos policiales del país.<sup>28</sup>

Con sus modificaciones respecto de la inicial propuesta, las reformas constitucionales en materia penal, publicadas el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* en cuanto al decreto de reformas a los artículos 16 a 22, entre otros, de la CPEUM, concretaron la denominada reforma penal destinada a fortalecer, afirmaron algunos ministros y magistrados federales, la seguridad pública y revigorizar el sistema de impartición de justicia penal en todos los ámbitos.<sup>29</sup> Este hecho dota de constitucionalidad a diversas restricciones a la esfera de derechos de los sujetos, ya que estas nuevas disposiciones proponen, entre otras cuestiones,

1. Establecer un estándar de pruebas para librar una orden de aprehensión.

---

<sup>28</sup> Daniel Montero Zendejas, *Derecho penal y crimen organizado. Crisis de la seguridad*, p. 878.

<sup>29</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008), *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, p. 638.

2. Definir el concepto de flagrancia.
3. Reducir los requisitos para decretar el arraigo.
4. Determinar las condiciones para emitir una orden de cateo.
5. Precisar las formalidades para grabar las comunicaciones entre particulares.
6. Crear y establecer la figura de jueces de control.
7. Fijar los mecanismos alternativos de solución de controversias.
8. Instituir las bases para crear una defensoría pública eficaz y eficiente.
9. Autorizar los centros especiales de reclusión preventiva y ejecución de sentencias.
10. Señalar los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso.
11. Establecer las bases jurídicas para el sistema procesal acusatorio, privilegiando los principios de presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, entre otros.
12. Prever lo relativo a la instauración de los juicios orales, fijando un régimen transitorio en tanto se establecen las bases del nuevo sistema procesal penal acusatorio.<sup>30</sup>

Como se advierte, las modificaciones que se efectuaron versan básicamente sobre reformas al proceso penal y el combate a la delincuencia organizada, estableciendo las bases para un sistema penal acusatorio y oral regido por los principios de contradicción, concentración, intermediación y publicidad, que pretenden un equilibrio procesal adecuado entre la defensa, el acusado y las víctimas.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. xxi.

Además, se establece la extinción de dominio de los bienes a favor del Estado cuando existan pruebas suficientes para considerar que son instrumentos, objeto o producto de actividades delictivas. Asimismo, se considera la posibilidad de que la autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona por 40 días, plazo que podrá extenderse hasta un máximo de ochenta.

### **Incrimación penal por solo sospecha**

Una de las motivaciones para crear la LFDO fue establecer un tipo penal para imponer sanciones por conductas que no generan un resultado dañoso, para sancionar actos preparatorios e investigar y perseguir a los integrantes de la delincuencia organizada.<sup>32</sup> Así se hizo a través de la tipificación de esa clase de criminalidad, legalmente sustentada. Cuestión diversa resulta vulnerar las garantías de seguridad jurídica, cuyo amplio contenido está previsto en el artículo 16 constitucional, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones si no existe mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. El fundamento está en la propia disposición legal que se aplica —en el caso que comentamos—: la LFDO; sin embargo, la motivación debe basarse en circunstancias concretas, objetivas y demostrables, para evitar que de un plumazo se desvirtúe la presunción de inocencia y se considere culpable a un individuo por sospechas que pueden resultar inciertas. Este problema deriva no solo de dicho ordenamiento legal,

---

<sup>32</sup> Al respecto, véase José Luis Santiago Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 251-254.

como veremos, sino incluso de la incriminación penal por solo sospecha, como puede advertirse en el artículo 3, numeral 3, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que establece que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos subjetivos de cualquiera de los delitos que ella misma señala “podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”; es decir, que no se exige prueba plena de dichos aspectos subjetivos para acreditar la existencia del ilícito.

Por cuanto se refiere a las disposiciones de la LFDO, existen algunas que revelan esta problemática y dejan en estado de indefensión a los gobernados que, en el mejor de los casos –y decimos esto por la afectación que resienten–, efectivamente pertenecen a grupos delictivos organizados. Una de ellas es la contenida en el artículo 10 que permite que, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realice auditorías a personas físicas o morales cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada, es decir, con base en meras presunciones, lo que puede implicar vulneración de garantías para personas inocentes.

En un caso similar, se puede autorizar el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, como prevé el artículo 29 de la ley mencionada, que establece que se puede aplicar esta medida sin juicio previo, ya que autoriza al ministerio público a disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de las personas que se presuman fundadamente miembros de la delincuencia organizada o de aquellos sobre los cuales se conduzcan como dueños, incautación que podrá levantarse si los tenedores de los bienes acreditan la legítima procedencia de los mismos. Casi idéntica reglamentación contiene el artículo 30 de la citada ley, aunque con una redacción

enfocada a los patrimonios, es decir, que cuando existan y se presuman propiedad de un miembro de la delincuencia organizada o éste se conduzca como dueño, podrán asegurarse y se levantará el embargo si se acredita su legítima procedencia. En este sentido, ambos artículos disponen prácticamente lo mismo, por lo que con una adecuada técnica legislativa debería suprimirse uno de los dos para evitar duplicidades.

El aseguramiento de los bienes puede realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso (artículo 31) y se pondrán a disposición del juez de la causa; mientras el ministerio público determinará las medidas necesarias para su conservación y resguardo (artículo 32). El juez tomará las determinaciones para la supervisión y el control de los patrimonios asegurados y, por su parte, el Consejo Técnico de Bienes Asegurados hará lo propio respecto a la aplicación y el destino de los fondos que provengan de dichas posesiones (artículo 33).

En el artículo 41 se incluyen diversas hipótesis. La primera se refiere a la prueba circunstancial, porque indica que los jueces y los tribunales valorarán los indicios en su conjunto hasta poderlos considerar como testimonio pleno, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca. Esta valoración deriva de las probanzas que sean recibidas en autos y es indudable que debe aplicarse en cualquier proceso penal. La segunda hipótesis dispone que las pruebas admitidas en un juicio puedan ser utilizadas por la autoridad investigadora y ser valoradas en otros casos relativos a delitos que se incluyen en la ley.

La tercera hipótesis merece comentario aparte, ya que parece vulnerar, o al menos afectar, la garantía de defensa, y se advierte este principio de incriminación penal por solo sospecha, pues textualmente indica que

... la sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada será prueba plena con respecto a la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento, por lo que únicamente será necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.

Sin embargo, no se precisa qué tipo de vinculación se debe acreditar, pues por diversas causas una persona puede estar relacionada con este tipo de agrupaciones humanas y no necesariamente con un propósito ilícito, ya que el término vinculación nos remite a cualquier nexo entre una situación y otra, en este caso entre el individuo y un grupo cuya existencia fue formalmente demostrada con anterioridad pero que no se puede afirmar que continúe existiendo, o que cuando se acreditó su vigencia el sujeto de referencia haya pertenecido a dicha estructura. Además, al procesado no se le da la posibilidad de aportar pruebas que desvirtúen la existencia de la organización, lo que indudablemente vulnera su derecho a defenderse, porque en el inicial proceso no tuvo intervención alguna y se remite a un hecho ya juzgado con anterioridad.

Aún más, se reglamenta el caso de las denuncias anónimas, aunque el artículo 38 de la LFDO no es muy claro en su redacción, ya que indica que, cuando se reciban informaciones sin identificación, el ministerio público debe ordenar que se verifiquen los datos y si de esto resultan indicios suficientes de la comisión de delitos, se debe iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos; además, se establece la obligación de que quienes tengan en su poder objetos o documentos que puedan servir de prueba los exhiban cuando el fiscal del caso los requiera durante la averiguación previa o el juez haga lo propio durante el proceso. Hasta aquí



es comprensible la disposición. Sin embargo, especifica que en ningún caso, por sí sola, dicha información tendrá valor probatorio alguno dentro del juicio. En este caso, alguna validez demostrativa tiene, ya que con base en ella se inicia la indagatoria previa, por lo que quizá debería decir que por sí sola no tendrá valor probatorio pleno.

El segundo párrafo del artículo 38 señala: “Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente”. No obstante, al tenor de este precepto solo habría una denuncia anónima, la cual por sí misma no tiene ningún valor y, no obstante, previa la verificación de los datos así obtenidos puede llegar a consignarse el asunto ante el juez federal; además, debe considerarse que en los delitos que se persiguen de oficio basta con que la autoridad tenga conocimiento de la existencia del ilícito para que pueda proceder y, en este sentido estrictamente, no se tendría una denuncia, acusación o querrela (si fuera el caso), pero sí datos veraces o corroborados que permitieran el ejercicio de la acción penal; por ello, este artículo debería ser más preciso al respecto para evitar que una disposición general como la contenida en el segundo párrafo contradiga lo que ese propio numeral dispone.

Este tipo de disposiciones facilita la actuación de las autoridades investigadoras de los delitos, no solo del ministerio público sino también del juez. Esto ocurre porque deben considerar prueba plena y darle certeza jurídica, bajo el amparo de la disposición legal, a elementos respecto a que la persona a quien consideran sujeto activo del ilícito de delincuencia organizada no tuvo la oportunidad de impugnar su integración e, inclusive, ni siquiera fue parte en el proceso del cual deriva esa prueba; es decir, la sentencia, como establece el artículo 41.

Las reformas a la ley en todos los ámbitos, pero particularmente en el penal, donde la libertad de las personas

se ve afectada, deben ser cuidadosas y respetar los derechos subjetivos públicos de los gobernados, pues como dice Moisés Moreno:

La modernización de la legislación penal tampoco debe traducirse en un simple cambio de palabras o en un mero incremento de las figuras delictivas y de las penas, mucho menos en la sola inclusión de mecanismos que no tengan más finalidad que la de flexibilizar las exigencias legales para posibilitar una actuación menos controlada del órgano persecutor y, por tanto, para reducir los ámbitos de libertad de los individuos, obedeciendo solo a situaciones coyunturales, sin importar las garantías individuales.<sup>33</sup>

Además, en situaciones como las que se comentan, no se trata de meros actos de molestia, sino de la privación de diversos derechos: de una ganancia lícita, cuando se autoriza el aseguramiento de bienes, los cuales, durante el tiempo que dure el proceso, no puede tenerlos a su disposición su titular; de la libertad física, cuando se autoriza el arraigo de una persona, por más que algunos digan que no afecta la libertad personal sino la de tránsito; o, de la privación de la libertad derivada de una condena, cuando se atribuye valor probatorio pleno a una sentencia derivada de un proceso distinto en el cual el sujeto interesado no tuvo intervención ni la oportunidad de impugnar las pruebas que finalmente motivaron la condena que se toma como base para justificar la existencia de la organización delictiva.

---

<sup>33</sup> Moisés Moreno Hernández, *Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal*, p. 59.

## Inversión de la carga probatoria

El artículo 13 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* establece una gravísima limitación al derecho de defensa, lo cual vulnera lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, pues señala que el indiciado y su defensor tendrán acceso únicamente a las actuaciones de la averiguación previa respecto a los hechos imputados en su contra y será con esa información limitada como podrán presentar las pruebas de descargo; esto ocurre a pesar de que el propio numeral señala que no se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan acusaciones señaladas contra el indiciado cuando haya solicitado el acceso a ellas y el ministerio público se lo haya negado. Aquí cabe la reflexión de que es poco probable que se pueda solicitar el acceso a una información que se desconoce. Por ello, este mandato limita el derecho de defensa puesto que se restringe el contenido que integra la averiguación previa y la defensa solo puede conocer hechos imputados, pero no el sustento de los mismos.

Un ejemplo más, respecto de la aplicación de este principio de carga probatoria, lo encontramos en el artículo 29 de la citada ley, que se refiere al aseguramiento de bienes de las personas que se presuman miembros de la delincuencia organizada o de aquellos bienes sobre los que se conduzcan como dueños, “quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes”.

Por otra parte –como ya lo referimos en cuanto al principio de incriminación penal por solo sospecha–, la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 41 también implica la carga probatoria que se atribuye al procesado. En este numeral se dispone que la sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada será prueba plena en cualquier otro procedimiento y solo

se requerirá probar la vinculación de un nuevo procesado con esa organización; sin embargo, se pasa por alto que el sujeto involucrado no participó en esa determinación, por lo que cabe preguntar ¿dónde queda el derecho de defensa? Además, aunque expresamente no se indica, la consecuencia es que pudiera ser que si el sujeto a quien se le atribuye la vinculación necesita probar que no es verdad la existencia de la organización sea precisamente él quien deba acreditar esta situación que, además, es un hecho negativo. Incluso, de inicio se está dando a dicha sentencia el valor de prueba plena y en tal sentido tanto el órgano acusador como el juez que corresponda pueden argumentar que, por tener ese carácter, no admite prueba en contrario.

Esta inversión de la carga probatoria no solo se advierte en la LFDO, también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional refiere, en el artículo 3, numeral 1, ordinal *b*), subnumerales *i*) e *ii*), al tipificar como delitos la conversión o transferencia de bienes o la ocultación o encubrimiento a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos que la propia Convención señala, que la carga de la prueba corresponde en este caso al inculpado, pues es quien debe demostrar que ignoraba la procedencia ilícita de los bienes, lo que además no es privativo de esta disposición ya que inclusive tratándose de delitos del fuero común, como el encubrimiento por receptación o las operaciones con recursos de procedencia ilícita,<sup>34</sup> se arroja sobre el sujeto activo la carga de la prueba.

---

<sup>34</sup> Delitos previstos y sancionados, respectivamente, por los artículos 229 y 230 del *Código Penal para el Estado de Veracruz*, que señalo solo como ejemplo; el primero los tipifica como “A quien después de la ejecución del delito y sin haber participado en él adquiriera, reciba u oculte el producto del mismo, a sabiendas de que provenía de éste o si, de acuerdo con las circunstancias, debía presumir su procedencia ilegítima...”, y el segundo señala: “... a quien a

Estas y otras disposiciones muestran reglas de imputación cuya importancia y gravedad derivan sobre todo de que vulneran principios considerados tradicionales y que afectan la esfera de garantías del gobernado y sus derechos humanos, ya que no debe perderse de vista que no todo procesado por el delito de delincuencia organizada es responsable de ello, sino que siempre se procede contra una persona que se presume inocente y, por lo tanto, lo es mientras no se demuestre lo contrario, pero que puede quedar en estado de indefensión frente a las disposiciones legales que se comentan.

Además, se vulnera la disposición contenida en el artículo 168 del *Código Federal de Procedimientos Penales* que dispone: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos”. No desconocemos que algunas de las disposiciones comentadas, donde se invierte la carga de la prueba, se refieren a cuestiones que no son esenciales para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad probable o plena, como puede ser el caso de que a quienes ya se les considere miembros de la delincuencia organizada demuestren la legítima procedencia de sus bienes; sin embargo, esto no ocurre respecto a que el arraigado debe intervenir para “aclarar los hechos que se le atribuyen”, pues aquí sí estamos en relación directa con la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad; asimismo, en el caso de que los ilícitos que se pretenden justificar impliquen, por ejemplo, el aspecto subjetivo que con-

---

sabiendas y por cuenta de otra persona adquiera, administre, enajene, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera dentro o fuera del territorio veracruzano, recursos o bienes de cualquier naturaleza, que procedan o representen el producto de una actividad ilícita”.

siste en que el sujeto tenga conocimiento de la ilegítima procedencia de bienes, en cuya hipótesis, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, el ministerio público es el encargado de la investigación de los ilícitos y el que debe acreditar la comisión de un hecho señalado como delito para que pueda realizar válidamente la consignación relativa.

Inclusive, existen criterios de los tribunales federales al respecto, algunos aislados y otros que han sentado jurisprudencia, tal es el caso de los que señalan

PRUEBA, CARGA DE LA, EN MATERIA PENAL.- En puridad, el ministerio público debe justificar que un hecho tipificado por la ley como delito ha sido perpetrado y que determinada persona lo ejecutó, y demostrado esto, solo ante la afirmación contraria del inculpado corresponde a éste la carga de la prueba de su inocencia; esto es, solo ante la comprobación por parte del representante social de que se ha perpetrado un hecho catalogado por la ley como delito y establecido el nexo causal entre la conducta humana y ese tipo, corresponde al acusado la demostración de que falta una de las condiciones de incriminación, bien por ausencia de imputabilidad, por mediar estados objetivos de justificación o excusas absolutorias.<sup>35</sup>

El ministerio público, por mandato constitucional, es el encargado de la investigación de los delitos y de su persecución; además, todo gobernado puede hacer aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. Estos principios constitucionales brindan certeza jurídica a los individuos,

---

<sup>35</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, p. 220.

ya que los liberan de la carga de justificar que todos sus actos se ajustan a algún mandato específico, como sí deben hacerlo las autoridades; es decir, que al actuar con absoluta libertad, solo limitados por las prohibiciones legales, el Estado muestra confianza en la actuación de los particulares. Sin embargo, cuando en un proceso penal se obliga al inculcado a acreditar que su conducta ha sido ajustada a derecho y se le constriñe a demostrar que no son ciertos los hechos delictuosos que se le atribuyen o que los bienes que tiene en posesión o propiedad son de origen lícito, todos estos principios se tambalean ya que, en este caso, en lugar de que sea el ministerio público, como institución de buena fe, la que debe demostrar lo que afirma para que válidamente, respetando las garantías de seguridad jurídica, pueda restringir el derecho del gobernado, es al inculcado a quien se le obliga a acreditar estos extremos, lo que consideramos que es violatorio de sus derechos subjetivos públicos.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, se desprende, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado solo podrá privarlo del mismo cuando existiendo suficientes elementos incriminatorios y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio mediante el cual corresponde al ministerio público la

función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público”, así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al ministerio público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.<sup>36</sup>

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número xxxv/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para

---

<sup>36</sup> Tesis aislada, novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 14.



integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

Igualmente, el principio de presunción de inocencia deriva de las garantías de seguridad jurídica, ya que en un estado de derecho no debe existir una sociedad perseguida y señalada como culpable sin haberse agotado un proceso legal que derive en una sentencia condenatoria. Puede parecer exagerado hablar de una sociedad perseguida, siendo que el proceso se refiere a uno o más individuos específicamente determinados; sin embargo, establecer en normas generales disposiciones que presuman culpables a los sujetos genera vulnerabilidad en todos los gobernados, ya que sin excepción estamos expuestos a la aplicación de esas disposiciones y a tener que demostrar nuestra inocencia porque se nos considere culpables antes de ser juzgados.

INCUPLADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL. Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y por otro lado el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente sin que baste su sola negativa no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado sería destruir todo el

mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 533/2004. 7 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Enedino Sánchez Zepeda.

Amparo directo 526/2004. 18 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina.

Amparo directo 567/2004. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

Amparo directo 168/2005. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretaria: Francisca Célida García Peralta.

Amparo directo 531/2004. 6 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.<sup>37</sup>

El criterio anterior es un caso de excepción que se justifica, ya que señala específicamente que la carga de la prueba se invierte hacia el sujeto activo cuando el principio de presunción de inocencia queda desvirtuado en autos. Sin embargo, en las disposiciones relativas a la delincuencia organizada, como ya hemos advertido, se establece dicha inversión de la carga probatoria a partir de la presunción de culpabilidad y aún sin que el ministerio público tenga que aportar pruebas para destruirla.

No compartimos la idea de que el sujeto activo deba probar su inocencia y ésta deje de presumirse, pues esto rebasa

---

<sup>37</sup> Jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 1105.

incluso la tendencia hacia que las causas de justificación sean probadas por el imputado “a partir de la idea de que la acusación solo debe probar la tipicidad y no la antijuricidad ni la culpabilidad, pues las eximentes (causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad) deben ser probadas por quien las alega en su defensa”.<sup>38</sup> Los criterios de los tribunales federales antes transcritos sustentan igualmente la obligación del ministerio público de probar sus imputaciones y solo cuando la haya cumplido y el inculpaado las niegue y alegue inocencia, entonces le corresponderá la carga de la prueba, pero no desde el inicio, como se advierte en la inversión que se ha comentado. El riesgo está cuando se flexibiliza la obligación de la fiscalía de probar sus imputaciones, ya que si esto se generaliza estaríamos en una sociedad de culpables que en cualquier momento podrían estar obligados a demostrar su inocencia.

### **¿Vulneración a la intimidad?**

El artículo 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) establece como derecho fundamental de los gobernados la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Inclusive, dice José Ovalle Favela, esto implica la prohibición no solo para las autoridades sino para los demás gobernados de intervenir una comunicación.<sup>39</sup> No pasamos por alto que esta disposición general tiene como excepción el caso de que la intervención sea autorizada judicialmente a petición de la autoridad federal facultada para ello o del ministerio público de la entidad

---

<sup>38</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 99.

<sup>39</sup> José Ovalle Favela, *Garantías constitucionales del proceso*, pp. 392-393.

federativa de que se trate; sin embargo, resulta menor el problema formal que el real, sobre todo si se adiciona con la flexibilidad de las normas que regulan la intromisión en la esfera de los particulares. Situación similar ocurre con la utilización de agentes infiltrados, los cuales se inmiscuyen —desde luego que sin conocimiento de quien resiente esa afectación— en la vida privada y cotidiana de las personas investigadas. En función de esto, cabe preguntar si con las disposiciones que versan sobre estos aspectos se está vulnerando la intimidad de las personas e incluso si se hace sin darles la oportunidad de defensa.

### **Intervención de comunicaciones privadas**

La intervención de comunicaciones privadas está reglamentada en los artículos del 15 al 27 de la LFDO, que igualmente se refieren a las órdenes de cateo. Respecto a estas últimas, no advertimos graves problemas, ya que el numeral 15 señala que el Ministerio Público de la Federación hará la solicitud de cateo al juez de distrito y éste resolverá dentro de las doce horas siguientes a la recepción de la solicitud; si no lo hace, el fiscal puede recurrir al Tribunal Unitario de Circuito para que resuelva y el auto que niegue la autorización es apelable. Este recurso se resolverá en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas. Lo único que se resalta es que en este precepto no se indica qué autoridad conocerá del recurso de apelación cuando resolvió la solicitud el Tribunal Unitario de Circuito. También se establece que el juez de distrito, al girar orden de aprehensión, puede acompañarla de una orden de cateo, cumpliendo con los requisitos establecidos por el párrafo octavo del artículo 16 de la CPEUM.

Los artículos 16 y 17 de la LFDO reglamentan que la intervención de comunicaciones privadas puede ser solicitada por el

Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada, cuando lo consideren necesario, y su solicitud la dirigirán al juez de distrito a quien señalarán el objeto y la necesidad de la intervención, los indicios por los cuales se presume la participación de un miembro de la delincuencia organizada en los delitos que se investiguen, así como aquello que se pretenda probar, es decir, hechos, circunstancias, datos y elementos; asimismo, indicarán la persona o las personas que serán investigadas, el lugar donde se realizará, la comunicación que será intervenida y el procedimiento y el equipo para hacerlo, incluyendo su duración; además, el tipo de comunicaciones que pueden ser intervenidas, que son aquellas que permitan la comunicación entre uno o más emisores y receptores. El juez debe resolver dentro de las doce horas siguientes a que reciba la solicitud.

Se advierte que esta intromisión en las comunicaciones privadas se basa solo en indicios, sin dar ninguna posibilidad de defensa a los afectados, aunque esta actuación se excluye en algunas materias como la electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa y en las comunicaciones del detenido con su defensor.

El artículo 18 establece la obligación del juez de distrito de constatar la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada, para así conceder o negar la solicitud de intervención de comunicaciones privadas; además, determinará las características, modalidades y límites de la intervención, la cual solo puede llevar a cabo el Ministerio Público de la Federación con base en los lineamientos específicos de lugar, duración y forma de efectuarla, sin que pueda exceder de seis meses. Asimismo, está facultado para verificar el cumplimiento de la autorización que haya expedido; además, el fiscal debe informarle al juez, a través de un acta,

el desarrollo y los resultados de las intervenciones, las que no tendrán ningún valor si no son previamente autorizadas.

Resulta indudable que la intervención de comunicaciones privadas puede proporcionar importantes elementos a la investigación de los delitos; sin embargo, al intervenir un medio de comunicación puede no solo afectarse al investigado sino también a otras personas, como pueden ser sus familiares, clientes, amistades que utilicen ese medio y que no sean el sujeto en contra de quien se autorizó la intromisión, hecho que afecta sus garantías individuales; además, se advierte que estas acciones pueden tomarse con base en meras presunciones.

En los artículos 19 al 23 de la LFDO se establecen disposiciones para la realización de las intervenciones, entre ellas los plazos y las prórrogas que pueden ser solicitados; la posibilidad de que el ministerio público, en caso de omisión del juez de distrito, acuda al Tribunal Unitario para que resuelva su petición, y en caso de negativa, la procedencia de la apelación; asimismo, la facultad del fiscal para ordenar la transcripción de las grabaciones que considere importantes para la investigación, cotejándolas en presencia de personal de la unidad especializada; o la impresión de imágenes que deriven de los videos que sean filmados. Si de la intervención resultan datos que impliquen la comisión de delitos diversos, se debe hacer constar en el acta que se levante al efecto, salvo que se refiera a materias excluidas de intervención, la que si es necesario ampliar a otros sujetos y lugares debe hacerse la solicitud relativa, y si resultan hechos y datos distintos de los que se pretende probar, podrán utilizarse como prueba si se refieren al sujeto que se investiga y a alguno de los delitos previstos por la ley que se comenta, ya que si corresponden a persona distinta solo pueden utilizarse en el procedimiento donde se autorizó la intervención o, en su caso, el ministerio público lo hará del conocimiento de las autoridades competentes con fundamento en el artículo 21 de la LFDO.

Esta reglamentación establece la posibilidad de que datos distintos a los que se investigan sean utilizados en contra de las personas a quienes esa información involucre aunque no se trate del sujeto investigado e, incluso, que se inicien nuevas averiguaciones previas con base en esos indicios en contra de terceras personas que, sin haber sido autorizado, fueron afectadas con la intervención. En este caso debería aplicarse la regla de que, conforme a las disposiciones legales, no deben utilizarse datos obtenidos de las intervenciones no autorizadas, pues se cae en el extremo de emplear como pruebas información obtenida al investigar a personas distintas sin tomar en consideración que dicha medida solo fue autorizada respecto a un sujeto específicamente determinado.

El artículo 22 de la LFDO impone la obligación al ministerio público de levantar acta circunstanciada donde se hagan constar todos los datos de identificación, desarrollo y resultados de la intervención, a la que deberá adjuntar el material que se haya obtenido de esta forma, el cual será resguardado por la fiscalía bajo su más estricta responsabilidad. El material respectivo debe entregarse al juez de distrito al iniciarse el proceso, quien a su vez lo pondrá a disposición del inculpado para que lo analice en un periodo de diez días, bajo la supervisión de la autoridad judicial federal. Transcurrido ese término, el procesado o su defensor formularán sus observaciones y pueden solicitar que se destruya el material no relevante para la investigación, o la transcripción de las grabaciones así como la impresión de imágenes que considere importantes para la defensa. También procede la eliminación cuando el material provenga de intervenciones no autorizadas o que se hayan incumplido los términos del mandato. Conforme al artículo 23 de la LFDO, la resolución que autorice la destrucción es apelable con efecto suspensivo. Se prevé que el exterminio del material se realice en el caso de no ejercicio de la acción penal que no

haya sido impugnado, o por reserva de la averiguación previa cuando el plazo para la prescripción del acto legal haya transcurrido.

También puede autorizarse la intervención cuando el Ministerio Público de la Federación haya ordenado la detención de una persona y solicite la medida, además de imponer a los particulares, titulares de los medios o los sistemas que pueden ser interceptados, el deber de colaborar con las autoridades para que se pueda llevar a cabo la investigación, siempre que esté previamente autorizada (artículo 25).

La exigencia formal de cumplir con los lineamientos establecidos se pone de manifiesto en el texto de los artículos 27 y 28 que reglamentan delitos especiales. El primero de ellos señala que a cualquier servidor público que intervenga comunicaciones privadas sin previa autorización o la realice en términos distintos a los autorizados se le imponga una sanción de seis a doce años de prisión, de quinientos a mil días de multa y sea destituido e inhabilitado para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública, durante el plazo que dure la pena de prisión impuesta. Es decir, que para no incurrir en responsabilidad se debe solicitar, autorizar y practicar las intervenciones por parte de las autoridades competentes y con estricto apego a los lineamientos de la autorización concedida. Sin embargo, cabe la duda de hasta qué punto se respetan estas exigencias cuando se realizan las interceptaciones. El segundo delito especial se actualiza cuando cualquier servidor público que tenga participación en el proceso revele, divulgue o utilice en forma indebida o en perjuicio de otro la información o las imágenes obtenidas en el curso de una intromisión en comunicaciones privadas, autorizada o no, y las sanciones previstas son las mismas que para el delito anterior.

Para el caso en que un sujeto investigado o alguna otra persona se vea afectada por la intervención de una comunica-



ción privada, puede acudir al juicio de amparo y señalar como concepto de violación el perjuicio que le causa dicha actuación de la autoridad, pues efectivamente constituye un agravio, entendiéndolo como tal

... todo menoscabo, toda ofensa a la persona física o moral, menoscabo que puede ser o no patrimonial siempre que sea material apreciable objetivamente. En otras palabras, la afectación que en su detrimento aduzca el quejoso debe ser real y no de carácter simplemente subjetivo.

Y ese agravio debe recaer en una persona determinada, concretarse en ésta, no ser abstracto, genérico y ser de realización pasada, presente o inminente; es decir, haberse producido, estarse efectuando en el momento de la promoción del juicio o ser inminente, no simplemente eventual, aleatorio, hipotético (en eso estriba lo “directo” del agravio).<sup>40</sup>

No obstante, a pesar de la legalidad que pueda revestir la intervención, afecta el derecho a la intimidad, a la privacidad, que, según Julio Antonio Hernández Pliego, implica el derecho a ser dejados solos, aislados de medios externos que nos afecten en nuestra libre actuación y en la toma de nuestras propias decisiones.<sup>41</sup> Además, advierte en el derecho a la intimidad una doble vertiente: “como forma de tutela a la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares, y como forma de garantizar al individuo el desarrollo de su personalidad”.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del juicio de amparo*, p. 32.

<sup>41</sup> Julio Antonio Hernández Pliego, “Técnicas de investigación en delincuencia organizada”, *Inter. Criminis*, pp. 107-123.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 110.

Aquí, la discusión, o más bien la respuesta, no está en qué derecho se afecta, pues indudablemente la intimidad no es inmune a esta intervención, sino en el aspecto utilitario de estos mecanismos de investigación de la delincuencia organizada, ya que la única justificación que podemos encontrar es que si se logra desmembrar o al menos debilitar a algún grupo delictivo organizado, el perjuicio ocasionado a la persona o las personas afectadas por la intercepción de sus comunicaciones pareciera minimizarse frente al beneficio social que esta situación puede originar.

Sin embargo, nuestra conciencia no queda tranquila, ya que a pesar de nuestro afán utilitarista, consideramos fundamental para el mantenimiento del estado de derecho el respeto a las garantías consagradas en la Constitución a favor de todo gobernado y, a pesar de que se cumplan los lineamientos legales, no hay duda de que no solo el sujeto investigado se ve afectado con la intervención sino también quienes hacen uso de esa comunicación sin ser los investigados y, quizá, sin tener participación alguna en la delincuencia organizada; amén del abuso y la clandestinidad con que cotidianamente se realizan ilegales injerencias a comunicaciones privadas.

### **Utilización de agentes infiltrados**

Integrarse a una organización delictiva es, por sí misma, una actividad ilícita; sin embargo, en la lucha contra el crimen se rompen normas y se trata de que las autoridades tengan ventaja sobre los delincuentes. La LFDO autoriza, como una medida para lograrlo, la infiltración de agentes.

El artículo 11 de la citada ley establece: “En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento

de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes<sup>43</sup>. Además, el propio precepto señala que la investigación no solo se referirá a las personas físicas miembros de estas organizaciones, sino también a las personas morales de las que se valgan para realizar sus fines delictivos. Sin embargo, esta disposición parece hecha a la ligera, ya que no establece los requisitos, conceptos y funciones que deben realizar dichos infiltrados.

Aunque no se establece ni se dice abiertamente, esos agentes tienen que actuar como un miembro más de estas agrupaciones, participar en la organización, cometer delitos, realizar actividades ilícitas con previa autorización de la ley y de sus superiores. Por ello, se requiere que estén capacitados adecuadamente para actuar con responsabilidad en la consecución de sus objetivos, ya que no se trata solo de darles permiso para proceder ilícitamente sino que puedan obtener resultados al menor costo posible. Por ello

... requieren un perfil particular, conocimientos y amplia capacitación en diversas materias, por ejemplo investigación de delitos e inteligencia estratégica y táctica, así como manejo de herramientas que pueden ser útiles en su labor de investigación: armas, micrófonos ocultos, microcámaras, computadoras, vehículos en general y modismos de la calle; asimismo conocimiento de las actividades de la organización y tipo de miembros del grupo delictivo en el que se va a infiltrar; es decir, necesitan conocer el comportamiento de los criminales para hacer aparecer cierta la falsa realidad de su integración a la organización.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> María Concepción Cruz Gómez, *op. cit.*, p. 20.

Lamentablemente, la LFDO no establece los límites de la actividad de estos agentes, ni la protección jurídica que tienen, aunque se podría decir que actúan en cumplimiento de un deber y, en contrapartida, en ejercicio de un derecho; sin embargo, es indispensable que la ley que autoriza su infiltración establezca parámetros dentro de los cuales estén amparadas sus conductas por una causa de justificación, fuera de la cual, por exceso en el ejercicio de sus atribuciones, podrían ser sancionados. De lo contrario, se está dando licencia a una persona para actuar al interior de estas organizaciones criminales sin limitación alguna y no se debe olvidar que la corrupción en los cuerpos policíacos es noticia todos los días. Por otra parte, el agente que actúe cumpliendo las órdenes de sus superiores también merece estar debidamente protegido, ya no de hecho, pues es indudable el riesgo que sufre, al menos para no terminar purgando una condena por el desempeño de su función, debiéndose tener en cuenta que en estas actividades la actuación del oficial es imprevisible, puesto que debe adaptarse a las exigencias de la organización en la cual se infiltra.

Si bien es cierto también que como medida de protección a esos policías, en la reforma efectuada a la LFDO, publicada en el DOF el 23 de enero de 2009, se adicionó el artículo 11 Bis que dice:

Artículo 11 Bis.- El titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

En tales casos, se asignará una clave numérica, que solo será del conocimiento del Procurador General de la República, del titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el ministerio público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el ministerio público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.

La CNUDOT no señala actividades de agentes infiltrados; sin embargo, sí reglamenta algunos aspectos que pueden implicar la actuación de éstos, tal es el caso de la entrega vigilada que establece el artículo 11, ya que esta técnica, que de conformidad con esta disposición puede utilizarse a nivel internacional, requiere del acuerdo de alguna o algunas personas que actúen al interior de la organización delictiva como pueden ser los agentes infiltrados o, en su caso, los colaboradores, pues de otra forma sería más difícil interceptar, por ejemplo, remesas ilícitas y autorizar a que prosigan intactas, sin que los delinquentes se dieran cuenta de esa vigilancia.

En estos aspectos, e inclusive en otros como el ofrecimiento de recompensa que la propia LFDO establece en su artículo 37, el derecho penal está sujeto a acuerdos con particulares, lo cual es discutible y arriesgado, por más que el *Código Federal de Procedimientos Penales* señale en el artícu-

lo 132 que en “la práctica de las diligencias de averiguación previa, se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código”.<sup>44</sup> Título que contiene, entre otros mandatos, lo señalado en el artículo 206 que dice que “se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la CPEUM todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal”; es decir, que la legislación federal adjetiva penal obliga al ministerio público a acatar lo que establece el propio ordenamiento, pero en el caso de la delincuencia organizada se utilizan medios que pueden derivar en la comisión de conductas antijurídicas, como puede ser la actividad del agente encubierto para integrarse y permanecer en la organización criminal, lo que implica que sea contrario a derecho, ya que, inclusive, la LFDO no autoriza al infiltrado a realizar delitos y aún así las pruebas recabadas se utilizan en el proceso con vulneración de lo que establece el artículo 180 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, que en el primer párrafo señala que para “la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, el ministerio público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho”. Indudablemente, los elementos de prueba que se obtienen a través de la comisión de un delito por parte de un falso delincuente infiltrado, o permitir, a sabiendas, que se continúe cometiendo un ilícito como en el caso de las entregas vigiladas, e inclusive a través de la negociación del derecho penal con

---

<sup>44</sup> Al respecto, se recomienda consultar el comentario que Díaz de León hace a este artículo, en Marco Antonio Díaz de León, *Código federal de procedimientos penales comentado*, pp. 189-190.

particulares, algunos de ellos integrantes de las organizaciones criminales, son contrarias a las disposiciones generales que se han comentado, a pesar de que la LFDO las establezca, no todas con la claridad que se requiere, como medios para la investigación de la delincuencia organizada.

Otro aspecto es la vulneración a la esfera de derechos no solo de la persona física o moral directamente investigada sino de otras personas, ya que es indudable que se invade su privacidad, lo que merece comentarios similares a los señalados respecto a la intervención de comunicaciones privadas, pues es obvio que el agente está presente en actividades privadas de los miembros de la organización, que toma fotografías, que graba conversaciones, que interviene equipos de cómputo, por mencionar algunas actividades que puede realizar al interior del grupo al cual se incorpora. Siguiendo a Joaquín Delgado, se puede afirmar que

En conclusión, la infiltración mediante la ocultación de la condición de policía, esencia de la figura del agente encubierto, determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada. Y esa invasión de la esfera privada es aún más intensa en los casos de grupos de compleja estructura en los que, tanto por la más larga duración de la infiltración como por la necesidad de una mayor integración en la organización, el agente tiene más amplio acceso a los datos propios de la vida privada de los investigados, muchos de ellos ajenos a la propia misión.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Joaquín Delgado, *La criminalidad organizada (Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, pp. 85-86.

Además, se vulnera el derecho a la información que establece el artículo 6 constitucional, ya que todos debemos estar bien informados de aquello que nos afecta, más si de lo que se trata es de que alguna persona se inmiscuya en nuestra esfera privada de actuación sin que podamos percatarnos de esta situación ni protegernos de aquello en lo que nos afecte.

### **Afectación a la libertad personal**

El delito de delincuencia organizada previsto por el artículo 2 de la LFDO es grave, de conformidad con lo estipulado por el artículo 194 fracción II del *Código Federal de Procedimientos Penales*, lo que implica que el sujeto detenido no podrá obtener su libertad provisional bajo caución sino que deberá permanecer privado de su libertad hasta en tanto se resuelva su situación jurídica dentro del término constitucional, o bien hasta que le sea dictada sentencia.

Algunas de las disposiciones contenidas en la *Ley Federal* e inclusive en la CNUDOT afectan la libertad personal, como se advierte en lo relativo al arraigo y al excesivo incremento de las sanciones que corresponden a los delitos que efectivamente puedan ser cometidos por el grupo organizado, por virtud de la organización, entre otras.

### **Arraigo**

La afectación que el arraigo implica hacia quien lo padece es innegable y está contrapuesto en la balanza con los pretendidos fines del mismo. Al respecto, el párrafo octavo del artículo 16 constitucional establece:



La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por su parte, el artículo 12 de la LFDO, que reglamenta la detención y la retención de indiciados, deriva en una privación de libertad sin resolución. De conformidad con este precepto, el juez podrá dictar el arraigo a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos señalados por el artículo 2 y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización indicados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la pesquisa.

Igualmente, establece que el tiempo de la detención temporal podrá prolongarse siempre y cuando el fiscal acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días; este plazo máximo se advierte señalado en concordancia con el artículo 16 constitucional.

Esta disposición resulta en una privación de libertad no sustentada en una resolución. Cabe comentar que, antes de la

reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 2009, se establecía en este mismo precepto, como objeto, que “el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo”. Sin embargo, no se especificaba la forma en que el acusado participaría, máxime cuando se encontraba privado de su libertad; este objetivo, que resultaba absurdo, ya no aparece en la disposición que se comenta. No obstante, la discusión que ha surgido al respecto es si la detención preventiva afecta la libertad personal o solo la de tránsito. Consideramos que ocurre lo primero, es decir, algo similar a lo que pasa con la prisión, donde la persona afectada no puede abandonar un determinado espacio físico. La única diferencia es la denominación que se da a ese sitio, pues en lugar de una penitenciaría es una *casa de seguridad* o un domicilio determinado, aunque pudiera ser el particular del arraigado; además, también son distintas las disposiciones aplicables en ese lugar específico, pero lo que no cambia es la restricción a la libertad de la persona.

A pesar de la discusión respecto a lo que se ve afectado por el arraigo, existen algunas tesis de jurisprudencia que lo sustentan como respuesta a la libertad personal y otras a la libertad de tránsito.

Ejemplo de las primeras es la siguiente:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 Bis del *Código Federal de Procedimientos Penales*, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la au-

toridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la *Ley de Amparo*, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.<sup>46</sup>

Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales.

Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

Respecto al arraigo, el artículo 133 Bis del *Código Federal de Procedimientos Penales*<sup>47</sup> se refiere a que la autoridad judicial, a petición del ministerio público, puede decretarlo a la persona indiciada por delito grave. Establece que debe existir riesgo

---

<sup>46</sup> Jurisprudencia, penal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 55.

<sup>47</sup> Este precepto no se aplica para el caso de la delincuencia organizada, porque la LFDO contiene una regla específica al respecto; sin embargo, se cita como referente para comentar algunos aspectos importantes como la precisión o no del lugar donde debe ejecutarse esa medida.

fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Atribuye al fiscal la obligación de vigilar que se cumpla lo que el juez ordena; además, establece que el encierro no puede exceder de treinta días naturales ni de sesenta días la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. En tal sentido, estamos en presencia de

... una medida precautoria de carácter personal que tiene como fin, según su naturaleza procesal, ubicar al indiciado –de intervenir en un delito– en su domicilio, normalmente en la casa o sitio donde vive, con objeto solo de tenerlo localizable a disposición del ministerio público respecto de la averiguación previa correspondiente y no para incomunicarlo, esconderlo o privarlo de su libertad, en otro lugar distinto al domicilio...<sup>48</sup>

A pesar de lo que establece el *Código Federal de Procedimientos Penales*, la LFDO no especifica que el arraigo deba practicarse en el domicilio del afectado, lo que genera mayor similitud con la pena de prisión, ya que además de mantener a la persona restringida en un lugar determinado, dicho espacio físico es desconocido, e inclusive la persona no cuenta con el *amparo*, por denominarlo de alguna manera, que las reglas de una institución carcelaria puedan proporcionarle. Esto se advierte porque la medida puede ejecutarse en cualquier lugar que el ministerio público solicite, como ocurre con las *casas de seguridad* o los hoteles que se utilizan para estos casos.

Algunos medios de comunicación informaron en su oportunidad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional la figura del arraigo; sin embargo,

---

<sup>48</sup> Marco Antonio Díaz de León, *op. cit.*, p. 194.

de ninguna manera se trató de una declaración general, pues solo se refería a las reformas al artículo 122 Bis del Código Penal de Chihuahua, relativas a la aplicación de esta medida precautoria durante treinta días.<sup>49</sup> Al respecto existe una tesis aislada que versa:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: *a)* en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al ministerio público, quien realizará la consignación; *b)* en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, el ministerio público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de cuarenta y ocho horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; *c)* mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; *d)* por virtud de auto de formal prisión dictado por el juez de la causa, dentro del improrrogable plazo

---

<sup>49</sup> <http://www.imagen.com.mx/nota.php?.id=9060>, consultado el 1 de enero de 2006.

de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por treinta y seis horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 Bis del *Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua*, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.<sup>50</sup>

Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Corde-

---

<sup>50</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 1170.

ro de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

Lo más grave es que esta medida se aplica a personas contra quienes no se ha ejercitado acción penal ni han sido detenidas en flagrancia, sino que se les priva de su libertad (arraiga) mientras se integra la averiguación previa.

Desde nuestro punto de vista, el arraigo vulnera las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 de la CPEUM, ya que aunque no se reconoce como un acto de privación, lo es, e indudablemente implica un grave acto de molestia. Puede tener una duración mucho mayor a la autorizada para la retención que el ministerio público puede ordenar incluso cuando se trate de delincuencia organizada (noventa y seis horas) o del término que tiene el juez, de conformidad con lo establecido por el artículo 19 constitucional, para determinar la situación jurídica del indiciado (setenta y dos horas) o aun la duplicidad de dicho término (ciento cuarenta y cuatro horas).

### **Incremento de las penas**

En cuanto a las penas aplicables, el artículo 4 de la LFDO establece una doble sanción, pues indica que “sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes...”; es decir, una sanción por falta o faltas que se cometan y otra por ser miembro de la delincuencia organizada. La redacción de este precepto es desafortunada, ya que en el primer párrafo –ya transcrito– parece afirmar que hay un

delito o delitos cometidos, y en las dos fracciones que lo integran señala, como presupuesto, delitos en particular y, así, dice: “I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley...; II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley”; es decir, sigue, sin un señalamiento específico, la conducta consistente en que *se organicen de hecho*; pareciera ser que los legisladores han dejado a los encargados de la procuración e impartición de justicia la tarea de acreditar o tal vez presumir cuestiones tan difíciles como que alguien se ha organizado y, aún más, un aspecto subjetivo que consiste en el propósito de ese acuerdo u organización; es decir, qué ilícitos pretenden cometer.

Dichas sanciones dependen de la falta que se cometa, y si interpretamos el artículo 4 de la ley referida en relación con el artículo 2, consideramos que para ser claro y evitar una aplicación analógica debería decir: “Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan o que se pretenda cometer...”, pues insistimos en que la redacción actual del artículo 4 implica que efectivamente se cometan las infracciones a que se refiere este precepto, lo que no significa que estemos de acuerdo en que se apliquen penas tan largas, como las que señala, por acordar organizarse o, en su caso, por organizarse o bien que se acumulen las penas de por sí ya elevadas que se atribuyen a las faltas mencionadas en la LFDO.

Mayor dificultad se presenta porque el artículo 4, en los incisos que corresponden a cada una de sus fracciones, señala: “a quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión...” o “a quien no tenga las funciones anteriores...”, y con base en ello establece las sanciones. En principio, no se precisa a qué se refieren las funciones de administración, dirección o supervisión; tampoco se distingue entre la administración y las dos restantes, ya que la dirección y la supervisión son una parte



de la administración; es decir, funciones que se realizan dentro del proceso administrativo. Además, menos se precisa qué otras funciones, distintas a las señaladas, pueden realizarse, probablemente aquellas en las cuales no se involucre la toma de decisiones, aunque esta afirmación es una mera hipótesis.

Los anteriores argumentos de ninguna manera significan que se minimice la importancia que tiene esa ley, solo se pretende señalar que resulta imprescindible y urgente que se fortalezca para que sea un instrumento efectivo de combate a la delincuencia organizada, coherente con sus disposiciones así como en relación con la *Constitución* y otras leyes relativas, y congruente con la realidad de este fenómeno, teniendo en cuenta el contexto global en que se presenta.

En el mismo artículo se reglamenta que, además de las sanciones señaladas, se decomisarán los objetos, los instrumentos o los productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos sobre los que se conduzca como dueño si no acredita su legítima procedencia, es decir, que como un derecho tácito se puede afirmar que dicho decomiso solo puede hacerse cuando se dicta una sentencia ejecutoria, pero no antes y, además, si el sentenciado acredita la legítima procedencia del patrimonio que tiene en propiedad o del que posee en concepto de dueño, no deberán ser afectados en la condena respectiva, si bien en este numeral no precisa en qué momento procesal el sujeto activo deberá acreditar la legítima procedencia, aunque por regla general del proceso tendría que ser en el periodo de instrucción. Esta disposición guarda concordancia con lo dispuesto por el artículo 22 de la CPEUM.

El artículo 5 establece agravantes respecto a las penas que fija el artículo 4 y las hace consistir en que dichas sanciones se aumentarán hasta en una mitad cuando quien las cometa sea servidor público o cuando se utilice a menores de edad o incapaces para cometer los delitos que la propia ley señala, además

de la destitución e inhabilitación del funcionario para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos. Es decir, solo a guisa de ejemplo, que cuando un servidor público sea quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión respecto de la delincuencia organizada, en los casos de los delitos contra la salud que precisa el artículo 2, la sanción podrá ser de treinta a sesenta años de prisión, en lugar de veinte a cuarenta años, como establece la regla genérica prevista por la fracción I, inciso *a*) del artículo 4; esto sin perjuicio de las penas que se impongan por el o los delitos cometidos.

Por otra parte, no se especifica lo que debe entenderse por *utilice a menores*, ya que no se precisa si dicha utilización puede ser en calidad de víctimas (probablemente no, pues entonces debería decir que la agravante opera cuando se comete contra menores o incapaces) o como partícipes de la organización delictiva, y, en este último caso, si los infractores deben tener un rango jerárquico menor a quien los utiliza, pues en caso contrario, es decir, cuando ellos sean quienes tengan funciones de dirección, administración o supervisión, no podría considerarse que quienes tengan una jerarquía inferior dentro de la organización pudieran utilizar a su vez a menores.

Por la delincuencia organizada las penas tienen un máximo de cuarenta años para quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión y el delito cometido o planeado sea contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195 párrafo primero del *Código Penal Federal*, que implican, entre otras conductas, la producción, el transporte, el tráfico, la comercialización, la introducción al país o extracción de él, de algunos narcóticos específicamente señalados, o posesión de estos para realizar alguna de las conductas antes descritas, ya que la pena mayor para estos delitos es de veinticinco años, que para el caso de aplicar la máxima por ser miembro de la delincuencia organizada pudiera incrementarse a sesenta y cinco años de prisión,

y lo más grave sería que por organizarse se llegue a aplicar una pena máxima de cuarenta años, que rebasa en mucho la sanción establecida para el delito efectivamente consumado.

Como ejemplo del excesivo incremento de las sanciones que corresponden a los delitos predicado por virtud de la delincuencia organizada, presentamos algunos de los delitos, haciendo referencia solo a la pena de prisión.

- I. A) Delito: Terrorismo.
  - B) Fundamento: Art. 139. CPF.
  - C) Sanción aplicable al delito: 6 a 40 años de prisión, más las correspondientes al delito que resulte cometido.
  - D) Sanción por delincuencia organizada si se realizan funciones de administración, dirección o supervisión: 8 a 16 años de prisión.
  - E) Sanción por delincuencia organizada si se cumplen otras funciones: 4 a 8 años de prisión.
  - F) Total de sanción posible:
    - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 10 a 56 años de prisión (más las del delito que resulte cometido a través del terrorismo).
    - b) Por otras funciones: de 6 a 48 años de prisión (más las del delito que resulte cometido a través del terrorismo).
  - G) Agravación si el sujeto activo es servidor público o si se utiliza a menores:
    - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 14 a 64 años de prisión.
    - b) Por otras funciones: de 8 a 52 años de prisión.
  - H) Incremento máximo de sanción posible: de 12 a 24 años de prisión. Que implica una proporción de 600% en el mínimo y de 60% en el máximo.
- II. A) Delito: Operaciones con recursos de procedencia ilícita.

- B) Fundamento: Art. 400 Bis. CPF.
- C) Sanción aplicable al delito: 5 a 15 años de prisión (aumentada en una mitad cuando cometa el delito un servidor público encargado de alguna acción contra el delito; además de inhabilitación para empleo, cargo o comisión públicos).
- D) Sanción por delincuencia organizada si se realizan funciones de administración, dirección o supervisión: 8 a 16 años de prisión.
- E) Sanción por delincuencia organizada si se efectúan otras funciones: 4 a 8 años de prisión.
- F) Total de sanción posible:
  - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 13 a 31 años de prisión.
  - b) Por otras funciones: de 9 a 23 años de prisión.
- G) Agravación si el sujeto activo es servidor público o si se utiliza a menores:
  - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 17 a 39 años de prisión.
  - b) Por otras funciones: de 11 a 27 años de prisión.
- H) Incremento máximo de sanción posible: de 12 a 24 años de prisión. Que implica una proporción de 240% en el mínimo y de 160% en el máximo.

III. A) Delito: contra la salud.

- B) Fundamento: Art. 194. CPF.
- C) Sanción aplicable al delito: 10 a 25 años de prisión.
- D) Sanción por delincuencia organizada si se realizan funciones de administración, dirección o supervisión: 20 a 40 años de prisión.
- E) Sanción por delincuencia organizada si se realizan otras funciones: 10 a 20 años de prisión.
- F) Total de sanción posible:

- a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 30 a 65 años de prisión.
  - b) Por otras funciones: de 20 a 45 años de prisión.
  - G) Agravación si el sujeto activo es servidor público o si se utiliza a menores:
    - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 40 a 85 años de prisión (si no está encargado del combate a este delito).  
De 45 a 97.5 años (si está encargado del combate a este delito).
    - b) Por otras funciones: de 25 a 55 años de prisión (si no está encargado del combate a este delito).  
De 30 a 67.5 años (si está encargado del combate a este delito).
  - H) Incremento máximo de sanción posible: de 35 a 72.5 años de prisión. Que implica una proporción de 350% en el mínimo y de 290% en el máximo.
- IV. A) Delito: contra la salud.
- B) Fundamento: Art. 195. CPF.
  - C) Sanción aplicable al delito: 5 a 15 años de prisión.
  - D) Sanción por delincuencia organizada si se realizan funciones de administración, dirección o supervisión: 20 a 40 años de prisión.
  - E) Sanción por delincuencia organizada si se ejecutan otras funciones: 10 a 20 años de prisión.
  - F) Total de sanción posible:
    - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 25 a 55 años de prisión.
    - b) Por otras funciones: de 15 a 35 años de prisión.
  - G) Agravación si el sujeto activo es servidor público o si se utiliza a menores:
    - a) Por funciones de administración, dirección o supervisión: de 35 a 75 años de prisión.

b) Por otras funciones: de 20 a 45 años de prisión.

H) Incremento máximo de sanción posible: de 30 a 60 años de prisión. Que implica una proporción de 600% en el mínimo y de 400% en el máximo.

Como se advierte, puede haber un incremento para el delito cometido por integrarse el tipo penal de delincuencia organizada, ya sea en el mínimo o en el máximo de la sanción atribuida a algunos de los delitos ejemplificados.

El resultado que trae este tipo de disposiciones es la necesidad de crear centros de reclusión de máxima seguridad y que, en su caso, existan personas condenadas prácticamente a cadena perpetua, como resultado de la aplicación de estas penas que no tienen un objetivo concreto y mucho menos responden a la finalidad establecida en el artículo 18 constitucional, pues de ninguna manera se pretende lograr la readaptación social del delincuente y ahora se hace referencia a su reinserción social, lo que no implica ningún objetivo concreto al cual se comprometa el Estado a través de la reclusión, si acaso otorgarles su libertad cuando cumpla su condena y mientras tanto aislarlo para que no cometa nuevos delitos.<sup>51</sup> Entonces se debe

Revisar y ponderar qué tanto puede seguirse con la utópica idea de que con la pena de prisión se puede lograr la readaptación social del sentenciado, como mecanismo para la prevención especial del delito a cargo del órgano ejecutivo, y qué tanto habrá que apoyar la criticable idea de endurecer el sistema penitenciario a través de la existencia de centros de máxima seguridad, que sin duda implican detrimento de los derechos humanos. Por lo que

---

<sup>51</sup> Véase al respecto, Miriam Elsa Contreras López, *Análisis de los argumentos justificativos de la prisión dentro del discurso punitivo*, pp. 72-127 y 220-255.

igualmente se sugiere la transformación de la legislación penitenciaria, pero incluso debe revisarse el criterio político-criminal previsto en la propia Constitución (art. 18) respecto del objetivo que debe buscarse con la ejecución de la pena privativa de la libertad.<sup>52</sup>

No pasamos por alto la gravedad del problema de la delincuencia organizada; no obstante, consideramos que el abuso de la pena de prisión no se ha resuelto ni se resolverá, ya que además de que es mínima la proporción de integrantes de grupos delictivos organizados que son sometidos a esta sanción, lo que se requiere son medidas de política criminal eficaces para abatir la corrupción, lograr mecanismos de cooperación internacional, fortalecer las instituciones educativas para que lleguen a todos los sectores, incluidos los más vulnerables y expuestos a caer en las redes de estos grupos criminales, para darles mejores expectativas de vida que las que pueden tener integrándose al mundo de la ilicitud; en general, tratando de incrementar el costo que representa actuar en este ámbito criminal frente a los beneficios para sus actores.

### **Acción penal y penas imprescriptibles**

Además del incremento de las penas que ya señalamos, el artículo 6 duplica los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad respecto de los delitos mencionados en el artículo 2 de la LFDO. Al respecto, la prescripción negativa a que se refiere este precepto parece enfocada, de manera específica, a los delitos que

---

<sup>52</sup> Moisés Moreno Hernández, *Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal*, pp. 102-103.

se cometen por miembros de la delincuencia organizada, es decir, contra la salud, el secuestro, etc., pero no a la conducta genérica *acuerden organizarse o se organicen*, ya que no la menciona concretamente. Por otra parte, dependiendo del delito de que se trate, habría que analizar si en el caso concreto se establece o no algún plazo de prescripción, ya que, por ejemplo, en el estado de Veracruz los delitos considerados graves no prescriben.<sup>53</sup>

Asimismo, estas disposiciones implican una afectación a la libertad personal y un desigual trato hacia aquellas personas que cometen un delito a través de una organización delictiva o, al menos, que son señalados de pertenecer a la misma; igualmente, las disposiciones internacionales que hemos mencionado en este trabajo indican lineamientos para mantener durante más tiempo o, incluso, sin posibilidades de prescripción a los sujetos involucrados o que se presume que lo están en los grupos delictivos organizados. Esta reflexión no significa estar de acuerdo en que estos delitos (predicado) prescriban sino solo pretende señalar el desigual tratamiento para quienes cometen este tipo de ilícitos, aunque sea en forma reiterada, siendo considerados miembros de la delincuencia organizada. Para los primeros cabe la posibilidad de beneficiarse a través de la prescripción negativa, siempre que el delito cometido lo considere; sin embargo, para los segundos quedaría abolida esa posibilidad.

### **Negativa de beneficios de ejecución**

Cuando hablamos de beneficios de ejecución estamos conscientes de que no se trata de derechos y, por lo tanto, la autoridad

---

<sup>53</sup> Artículo 112 del *Código Penal para el Estado de Veracruz*.



competente, en este caso el Poder Ejecutivo, tiene facultades discrecionales para otorgarlos o negarlos. No obstante, en el caso de la delincuencia organizada, existen disposiciones no solo nacionales sino internacionales que autorizan la negativa y sustentan la prisión. Efectivamente, existe la tendencia hacia la negación de los beneficios penitenciarios y hacia la prisión de máxima seguridad; esto se aprecia, por ejemplo, en el artículo 3, numeral 7, de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, o en el artículo 11, numeral 4, de la CNUDOT, que dispone que los Estados parte deben velar porque las autoridades correspondientes tengan presente la naturaleza grave de los delitos señalados en la Convención, “al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos”.

El título cuarto de la LFDO y sus correspondientes artículos 42, 43 y 44 incluyen las disposiciones sobre la prisión preventiva y la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. El primer numeral señala que los procesados o los sentenciados que colaboren con la autoridad para perseguir o procesar a otros miembros de la delincuencia organizada deberán ser recluidos en establecimientos distintos a los que se encuentren otros integrantes de estas organizaciones que hayan sido encausados debido a su cooperación, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia. Por razones de seguridad, es importante que se dé cumplimiento a esta disposición, ya que la colaboración implica en muchos casos una sentencia de muerte para quien actúa en contra de esos grupos.

En el artículo 43 se prohíbe conceder a los sentenciados por los delitos previstos en esta ley los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, pero exceptúa de esta prohibición a quienes coadyuvan con la autoridad en los términos que ya se han comentado; lo mismo refiere el artículo

44, solo que en relación al tratamiento preliberacional y a la remisión parcial de la pena.

En este sentido, se desvirtúa el objetivo de la readaptación social –postula la reinserción, que no parece pretender lograr algo concreto– que señala el artículo 18 constitucional, ya que dos o más personas que han cometido conductas similares –en donde quien colabora con la autoridad probablemente puede resultar más peligroso porque, para obtener un beneficio, traiciona, inclusive, a los integrantes de su mismo grupo, ya que difícilmente lo hace solo por ayudar o como reconocimiento de lo indebido de su conducta–, mientras que a una se le niegan estos beneficios a otra se le pueden conceder, lo que implica que no se considera como parámetro la posible readaptación social sino la contraprestación, por llamarla de alguna manera, que la autoridad otorga a quien le auxilia en el procesamiento de otros individuos, disposición que no se justifica salvo por un criterio utilitarista.

La negativa a conceder beneficios puede entenderse en algunos casos, es decir, cuando efectivamente resultan delitos cometidos y hay resultado dañoso como efecto de la conducta del sentenciado; sin embargo, puede cuestionarse cuando lo que se sanciona es, por ejemplo, solo el acuerdo para organizarse, ya que aunque ahora se diga que debe haber una organización de hecho lo que implica ésta es el acuerdo entre los participantes.

### **Las garantías de las víctimas y la negociación del derecho penal en la LFDO**

No debemos olvidar que en la comisión de delitos existe siempre un sujeto pasivo, titular del bien jurídico que se tutela y que, de conformidad con las disposiciones constitucionales, entre otras el artículo 20 de la CPEUM, en todo proceso del orden penal tiene también garantías; sin embargo, en la LFDO se incluyen manda-

tos que parecen dejar de lado los intereses de estos sujetos pasivos, sean éstos personas individuales o colectivas a quienes, sin importar la afectación que hayan sufrido por la comisión de delitos, por ejemplo un secuestro o la trata de personas, así como el riesgo que corren al denunciar a miembros de la delincuencia organizada, se ven excluidos del proceso a través de situaciones como los beneficios que se otorgan a los testigos protegidos o colaboradores, e inclusive a través del pago de recompensa, cuestiones que ponen a las víctimas en un más grave riesgo de ser identificados por sus agresores o por otros miembros de la organización criminal. Esto, a pesar de que el artículo 141 fracción IX del *Código Federal de Procedimientos Penales* establece que la víctima tendrá derecho al resguardo de su identidad cuando se trate de delincuencia organizada.

Puede parecer exagerado el título de este apartado, sin embargo, el otorgamiento de concesiones a los particulares a cambio de su ayuda en la investigación de esta criminalidad nos lleva a afirmar que existe, al respecto, una negociación de las autoridades con los particulares como en el caso de las disposiciones relativas a la protección de testigos, a los colaboradores e, inclusive, al pago de una recompensa. Las normas al respecto pueden implicar contraprestaciones económicas, concesión de beneficios e incluso inmunidad.

### **Testigos protegidos y colaboradores**

La protección a las personas que aceptan rendir testimonios eficaces para la integración de los elementos de prueba en el caso de la delincuencia organizada es comprensible e inclusive deseable; sin embargo, cuestión diferente representa el caso de los colaboradores, ya que personas que han cometido delitos y que forman parte de la organización criminal son prácticamen-

te sobornados a través de los beneficios que se les ofrecen, que llegan hasta a la inmunidad, pues en este caso se trata de una negociación con los mismos delincuentes. Esto implica que la naturaleza pública del proceso se desvirtúe, así como el interés por proteger bienes jurídicos a través de la justicia penal.

La negociación conlleva perdonar, sin más ni más, la afectación que una persona hubiere realizado, y la justificación para ello es obtener información sobre otros posibles autores de hechos ilícitos, pero la negociación no es acorde con la protección del bien jurídico ni con la naturaleza pública del procedimiento penal en la cual el pretexto es lograr o mantener la seguridad de los gobernados.

Sin embargo, los criterios de los tribunales federales apenas se están definiendo. Un ejemplo es esta tesis aislada que dice:

TESTIGO PROTEGIDO. SU NATURALEZA NO CONTRARÍA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 289, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, POR CUANTO A QUE EL SOBORNO LE DETERMINE A DECLARAR CONTRA OTROS MIEMBROS DE LA DELINCUENCIA. El artículo 35 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* precisa que al miembro de la organización delictiva que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de ésta, podrá recibir los beneficios que van desde no utilizar en su contra los medios de prueba derivados de la averiguación previa iniciada por su colaboración hasta la reducción de sanciones. Sin embargo, tales privilegios son posteriores a que haya aportado ayuda y ésta resulte realmente eficaz para la investigación y persecución de otros miembros, pero no deben considerarse premios, recompensas o dádivas por el solo hecho de declarar contra algún miembro de la organización; por tanto, el que un testigo protegido decida declarar contra otro miembro de dicha agrupación, si bien puede atender a su intención de verse favorecido con esos beneficios, ello no lo hace un testigo sobornado, en términos del artículo

289, fracción v, del *Código Federal de Procedimientos Penales*, toda vez que el “soborno” implica la corrupción de quien acepta la dádiva a cambio de algo indebido, empero no puede tener tal calificativo el proporcionar información verídica y eficaz para lograr el castigo de otros miembros de la delincuencia organizada.<sup>54</sup>

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 315/2003. 25 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Humberto Venancio Pineda. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

A pesar de este criterio, si bien quien recibe la protección por haber colaborado no realiza algo indebido al declarar para coadyuvar en la investigación de los hechos, siempre que proporcione información veraz, la discusión más bien se centra en la legitimación para que la autoridad ofrezca beneficios por declarar, ya que esto implica un pago (si no se le quiere llamar soborno) por cumplir con aquello que como obligación tenemos todos cuando conocemos de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio.

A diferencia de las operaciones encubiertas que requieren introducir un agente en la organización criminal, en el caso de los testigos que colaboran, lo que se requiere es sustraer a un delincuente de la agrupación para que proporcione informes y evidencias que ayuden a descubrir, procesar y sancionar a los miembros de la delincuencia organizada.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 1886.

<sup>55</sup> Mark Aronoff *et al.*, “Experiencia en aplicación de técnicas especiales de investigación. (Comparativo internacional de datos empíricos obtenidos en Latinoamérica y otros países de la Europa Central y del Este)”, en Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, pp. 341-348.

Asimismo, es preocupante que existan disposiciones que tienden a mantener en el anonimato a los testigos, pues, aunque esto los protege, vulnera el derecho de defensa del inculpado, privándolo de la posibilidad de impugnar el dicho de quien depone en su contra o de que se practiquen los careos que como garantía del proceso establece la *Constitución*, situación que vulnera el contenido del artículo 20 constitucional puesto que no se le estarían dando todos los datos necesarios para su defensa.<sup>56</sup> Esto ocurre cuando se oculta al acusado la identidad de quienes actúan como testigos de cargo. Al respecto, existe una tesis aislada del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. PARA QUE SEA PROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN EN AMPARO, DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 34 DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA, ES NECESARIO QUE HAYAN SIDO APLICADOS EN PERJUICIO DE LA PARTE INculpADA, LO CUAL SOLO OCURRE SI EL MINISTERIO PÚBLICO, ANTES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, LE OCULTA LA IDENTIDAD DE LOS TESTIGOS QUE DECLARARON EN SU CONTRA. En materia de amparo contra leyes, es necesario que la acción constitucional se ejerza con motivo del primer acto de aplicación de la ley que cause perjuicio al gobernado; por tanto, debe estimarse que el cuestionamiento de la constitucionalidad de los artículos 14 y 34 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, que facultan al Ministerio Público de la Federación a mantener bajo reserva la identidad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada, hasta el ejercicio de la acción penal, con la correlativa obligación de la Procuraduría General de la República de prestar apoyo y protección

---

<sup>56</sup> Similar criterio sustenta Alfredo Dagdug Kalif, “Hacia una modernización del sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Inter. Criminis*, pp. 13-39.

suficientes a dichos testigos, solo procede ser examinado en el juicio de amparo, cuando el ministerio público federal, antes de ejercitar la acción penal contra el inculpado, hubiere mantenido en reserva o le haya ocultado la identidad de los testigos que declararon en su contra, pero cuando de las actuaciones de la averiguación previa se desprende que se asentó el nombre de cada uno de dichos testigos y el ministerio público los dio a conocer a la parte inculpada como las personas que deponen en su contra, y esta última se manifestó conocedora de sus identidades, es dable concluir que los artículos citados no se aplicaron en la parte que podría perjudicarlo y que, por tanto, opera la causal de improcedencia establecida en el artículo 73, fracción VI, de la Ley de Amparo.<sup>57</sup>

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXXI/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos.

La LFDO, en el artículo 34, se refiere a la protección de las personas y señala: “La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera”.

La utilidad y la pertinencia de que la autoridad proteja a las personas es indudable, pero esta disposición es imprecisa porque no especifica quién determina cuándo se requiere dicho

---

<sup>57</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 11.

apoyo y protección ni menos cuánto de ese apoyo y protección es suficiente, o en qué consisten estas actividades a favor de los beneficiados que se mencionan. Tampoco se establece durante cuánto tiempo se brindará esta protección, si solo mientras dura el proceso o aun después y, en este último caso, cuánto más; sobre todo, con la finalidad de evitar el tan común ajuste de cuentas al que la delincuencia organizada recurre cuando se actúa en su contra.

Los artículos 35 a 39 de la LFDO disponen aspectos importantes sobre la colaboración para perseguir a la delincuencia organizada, que puede correr a cargo incluso de alguna persona que forme parte también de estos grupos delincuenciales, otorgándoles a cambio beneficios que pueden dejarlo en la impunidad por falta de pruebas en su contra, ya que, aunque existan, pueden no ser tenidas en cuenta en su perjuicio cuando no se haya iniciado una averiguación previa, aunque este beneficio solo se puede otorgar por una vez a favor de la misma persona; o bien, si ya existe en su contra una averiguación, la pena que le corresponda puede ser reducida hasta en dos terceras partes.

Si los datos los aporta durante el proceso penal y sirven para sentenciar a otros miembros de la organización criminal con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que al colaborador corresponda puede ser disminuida hasta en una mitad, y cuando es un sentenciado quien aporta los testimonios, se le podrá otorgar la remisión parcial de la condena hasta en dos terceras partes; en este punto no señala qué autoridad va a conceder ese beneficio, aunque debiera ser el Ejecutivo porque se trata de un sentenciado; sin embargo, el último párrafo del artículo 35 dice que es el juez quien impondrá las penas (lo que es correcto) y otorgará beneficios; esto último puede implicar una invasión de competencias, ya que un sentenciado no está a disposición del juez sino del Ejecutivo.



En el artículo 36 se amplía el beneficio que puede otorgarse al colaborador, ya que cuando existan datos diversos a los de autoinculpación y la información que proporcione sea eficaz para detener y procesar a otro miembro de la delincuencia organizada de mayor jerarquía, se pueden reducir hasta en tres quintas partes las penas que correspondan a quien colabore con la autoridad.

La cooperación eficaz de las personas con las autoridades es legal, como lo son las demás medidas procesales a que nos hemos referido, sin embargo: “La legitimidad de la institución es un problema complejo. Mientras que en el combate a la delincuencia organizada tiene una prioridad muy alta, por el tipo de delitos que estas organizaciones están cometiendo, en otros casos su legitimidad puede no ser tan clara”.<sup>58</sup> Además, esta colaboración, como hemos dicho, puede derivar en la inmunidad, la cual “debe ser una excepción, no podemos hacer de este tipo de instrumentos jurídicos una constante [además] debe haber una relación proporcional entre lo que se perdona y lo que se obtiene”.<sup>59</sup> Caer en el extremo implica poner en manos de los propios delincuentes la persecución de los delitos, e inclusive darles los medios necesarios para evadir la acción de la justicia y obtener inmunidad frente a su conducta criminal.

## La recompensa

Un ejemplo más de la negociación en el ámbito penal lo tiene la LFDO en el artículo 37, que establece la recompensa y dice que puede ser ofrecida por la autoridad, pero no señala

---

<sup>58</sup> Samuel González *et al.*, *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, p. 488.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 488-489.

a cuál se refiere, que debería ser el Ministerio Público de la Federación en los términos y condiciones que determine el Procurador General de la República. Dicha recompensa puede otorgarse a quienes auxilien eficientemente para la localización y la aprehensión de un miembro de la delincuencia organizada.

En este precepto se reconoce, aunque sea indirectamente, la incapacidad de la autoridad para ejecutar las órdenes de aprehensión en algunos casos, además que se afecta el presupuesto público para otorgar una recompensa monetaria a una persona por cumplir una obligación, ya que es de explorado derecho que toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio debe ponerlo en conocimiento de la autoridad, pues en caso contrario puede incurrir en una conducta de encubrimiento. Sin embargo, ahora resulta que se puede ofrecer recompensa y, además, aunque se supone que las órdenes de aprehensión deben mantenerse en reserva, es decir, no dar información al respecto, para ofrecer un pago es indudable que se publicita la orden de captura, dando a conocer los pormenores del perseguido al que se pretende localizar y se pone sobre aviso a quien se pretende detener, que está siendo buscado no solo por la autoridad sino, inclusive, por quienes pretendan obtener el beneficio económico.

Al respecto, Jesús-María Silva Sánchez reconoce que:

Frente al modelo de justicia penal clásico surgen así modelos de justicia negociada, en los que la verdad y la justicia ocupan, si acaso, un segundo plano. La penetración de la idea de justicia negociada es muy profunda y tiene manifestaciones muy diversas, con valedores desde luego no siempre coincidentes. Así, comprende desde los pactos de inmunidad de las fiscalías con ciertos imputados (por ejemplo arrepentidos), hasta las diversas formas

de mediación, pasando por las ya generalizadas “conformidades” entre las partes. El derecho penal aparece, así, ante todo, como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores.<sup>60</sup>

Como hemos advertido, la tendencia que se aprecia en la legislación contra la delincuencia organizada es hacia la disminución de la esfera de garantías de los gobernados, respuesta que pretende una mayor eficacia de la ley y de las autoridades en el combate a las actividades delictivas de las organizaciones criminales.

Las disposiciones comentadas sobre la incriminación penal por solo sospecha, la carga de la prueba para el acusado, la restricción a la libertad personal y la utilización de agentes infiltrados, entre otras, atentan contra la presunción de inocencia, pretenden que el sujeto acusado acredite hechos inclusive negativos, promueven la negociación con los particulares incluso respecto al ejercicio de la acción penal, limitan el derecho de defensa y, en fin, relativizan las garantías que la CPEUM establece a favor de todos los gobernados, pues cada vez son más los casos de excepción que se expresan. La legalidad al respecto se surte con la inclusión de estas nuevas disposiciones en la ley respectiva; sin embargo, las implicaciones van más allá de la mera legitimidad de las medidas a que se refiere el presente capítulo.

Lo lamentable es la falta de precisión en cuanto a los requisitos y las formalidades que deben cumplirse para la realización de estos actos, pues deja en la indeterminación cuestiones tan importantes como la investigación de las actividades de la delincuencia organizada y la privación de la libertad de las personas, a pesar de que deben contar con un

---

<sup>60</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 74-75.

marco jurídico firme y claro, por lo que se insiste en que hay mucho por hacer en esta materia, puesto que la forma en que se reglamenta puede derivar en situaciones extremas como el derecho penal del enemigo, el cual caracterizaremos en el siguiente capítulo.

#### IV. NUEVAS DISPOSICIONES CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA; UNA TENDENCIA HACIA EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En la evolución del *ius puniendi* se identifican diversas etapas que van desde la venganza privada hasta el análisis científico del hecho criminal del sujeto activo del delito e, incluso, de las víctimas de los hechos ilícitos.<sup>1</sup> En esta transformación se advierte la tendencia hacia el reconocimiento del delincuente como ser humano, el establecimiento de un catálogo de garantías y la búsqueda de su reinserción social, tal como lo establece el artículo 18 de la CPEUM.

No obstante, la transformación de la conducta criminal ha pasado de una delincuencia individual y tradicional a otra de grupo no solo casual sino organizada *ad hoc* para delinquir, es decir, hacia la delincuencia organizada, la cual ya hemos caracterizado de conformidad con la tipificación que de la misma hace la LFDO.

A partir de esta evolución y del poder que los grupos delictivos organizados han ganado con el transcurso del tiempo por medios económicos, científicos, tecnológicos, etc., y con su “invisibilidad” en el contexto de la globalización, el Estado se ha visto rebasado en el control de esta criminalidad no tradicional y por ello se han tratado de endurecer las acciones esta-

---

<sup>1</sup> Respecto a la explicación sobre las diversas etapas en la evolución del derecho de castigar del Estado, véase Miriam Elsa Contreras López, *Análisis de los argumentos justificativos de la prisión dentro del discurso punitivo*.

tales en esta materia. Algunos de los cambios más notables en las disposiciones legales aplicables a la delincuencia organizada –como ya lo hemos mencionado– se pueden ubicar en el ámbito procesal. Ejemplo de ello es la LFDO.

El riesgo del combate a este tipo de criminalidad, que siembra temor e inseguridad en todo el mundo, es que se pierda de vista que seguimos hablando de conductas realizadas por seres humanos y que juzgar esos comportamientos implica muchas veces señalar como responsables a quienes no lo son o a quienes pudieron haber sido víctimas de las circunstancias de desamparo y violencia en que les tocó nacer y crecer, pues la delincuencia organizada ha globalizado su actuación, de tal manera que atrapa entre sus redes, incluso, a niños o jóvenes a los que posteriormente forma o instruye para actuar conforme a los lineamientos de sus intereses.

Esta percepción puede llevar, y de hecho así ha acontecido, a considerar a quien se presume integrante de la delincuencia organizada, incluso aunque no lo sea en verdad, como enemigo de la sociedad; baste ver que en la LFDO se afectan garantías que para algunos delincuentes sí se respetan a fin de acatar lo que dice la ley. Como ejemplo están las disposiciones contenidas en algunos de los artículos que se han comentado en los capítulos precedentes.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la reglamentación de la LFDO, no estamos frente a medidas de seguridad sino ante afectaciones reales y tangibles a la esfera de derechos como lo son el arraigo, la infiltración, la obtención de información confidencial o la intervención de comunicaciones privadas.

No se debe perder de vista, siguiendo a González Ruiz, que

Estas leyes contra la delincuencia organizada representan un nuevo paradigma jurídico-criminológico-dogmático en la concep-

tualización de lo que es delincuencia organizada y en las construcciones jurídicas de los tipos penales, de los instrumentos de prueba y de las reglas de interpretación de pruebas.<sup>2</sup>

En este capítulo nos proponemos caracterizar lo que Günther Jakobs ha denominado derecho penal del enemigo, sobre el cual se discute, inclusive, si puede considerarse derecho, para contrastarlo con algunas de las disposiciones de la LFDO y analizar si en este ordenamiento jurídico se advierte una tendencia hacia ese (no) derecho de enemigos.

### **Delimitación de las garantías constitucionales en materia penal**

Uno de los principales logros del estado de derecho es el establecimiento y respeto de las garantías de los gobernados frente al poder público,<sup>3</sup> es decir, la potestad que tienen como sujetos activos, de exigir al Estado, a través de sus autoridades, el respeto a los derechos consagrados en la norma fundamental, que se traduce en una obligación correlativa del Estado como sujeto pasivo, positiva o negativa, de hacer o simplemente de tolerar.

En México, en materia penal, la *Constitución Política* señala una serie de derechos humanos y garantías que deben

---

<sup>2</sup> Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, p. 97.

<sup>3</sup> Se habla de garantías de los gobernados y no de garantías individuales, siguiendo a Burgoa. Al respecto, véase Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, pp. 155 y ss.

ser respetadas frente a los sujetos activos y a las víctimas de los delitos, por ejemplo las disposiciones contenidas en los artículos 1, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, por mencionar los más importantes, que se refieren, entre otros aspectos, a:

*Artículo 1:* la generalidad de la norma constitucional, reconociendo que todo individuo goza de las garantías y los derechos humanos reconocidos en la *Constitución* y en los tratados internacionales. De tal suerte, la materia penal no debe ser la excepción y por ello toda garantía consagrada en este ámbito sancionador debe otorgarse, de acuerdo a este numeral, a todas las personas que se encuentren involucradas en algún problema penal.

*Artículo 8:* el derecho de petición, que implica que en materia penal, igual que en el resto de materias jurídicas, el gobernado tenga el derecho a recibir respuesta de las autoridades a las cuales, por algún motivo, les dirige una solicitud.

*Artículo 13:* la prohibición de juzgar a cualquier persona por leyes privativas o por tribunales especiales.

*Artículo 14:* la irretroactividad de la ley en perjuicio de algún gobernado, garantías de audiencia y de legalidad, así como la prohibición de aplicar sanciones penales por analogía.

*Artículo 15:* la prohibición de celebrar tratados para la extradición de reos políticos.

*Artículo 16:* la prohibición de actos de molestia, salvo con mandamiento escrito de la autoridad competente, con la debida fundamentación y motivación (solo la autoridad judicial puede librar orden de aprehensión con base en los requisitos que el propio artículo señala, como son que exista previa denuncia o querrela y que haya sanciones penales que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado); los casos en los cuales una persona puede ser detenida; el hecho de que el ministerio público solo puede retener cuarenta y ocho horas al indiciado, plazo que puede duplicarse en el caso



de la delincuencia organizada; los requisitos para la orden de cateo, como por ejemplo que no debe ser general sino concreta, y para las visitas domiciliarias; la prohibición de que se viole la correspondencia; la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y a la libertad de circulación de correspondencia.

*Artículo 17:* la prohibición de hacerse justicia por propia mano así como el derecho a la justicia pronta y expedita.

*Artículo 18:* la prisión preventiva solo por delitos que merezcan pena corporal y a la organización del sistema penal para lograr la reinserción social.

*Artículo 19:* ninguna detención ante autoridad judicial puede exceder de setenta y dos horas a partir de que se le pone a disposición, sin justificarla con un auto de vinculación a proceso donde se acredite la comisión de un hecho señalado como delito y la probable responsabilidad; el proceso debe seguirse por el ilícito señalado en el auto de vinculación a proceso o el de sujeción a proceso; se debe integrar una investigación separada para delitos diversos y, en su caso, proceder a la acumulación. Además, en el caso de la delincuencia organizada, este precepto establece, entre otros aspectos, que “si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal”.

*Artículo 20:* las garantías en los procesos de orden penal, tanto para el inculcado como para la víctima u ofendido y en el caso de estos últimos, mantener en reserva los datos del acusador cuando se trate de conductas relativas a delincuencia organizada (las cuales desglosaremos al hacer la comparación de éstas con algunas disposiciones contenidas en la LFDO).

*Artículo 21:* la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; que la investigación y persecución de los delitos corresponde al ministerio público, auxiliado por la

policía; la seguridad pública como función del Estado; la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, entre otros.

*Artículo 22:* la prohibición de penas de muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes o cualquiera otra inusitada y trascendental; que la pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado; excepciones a la confiscación de posesiones, la cual, de acuerdo con el contexto constitucional, no se actualiza en el caso de la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos ni cuando la decreta una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito; asimismo, a lo relativo a la extinción del dominio. Al respecto señala:

Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
  - a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia

que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Es decir, que se establece una sanción de carácter patrimonial aun antes de que el sujeto afectado sea considerado responsable por sentencia ejecutoria.

*Artículo 23:* prohibición de que un juicio criminal tenga más de tres instancias y de que se juzgue a alguien dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.

Estos aspectos se refieren solo a algunas de las garantías constitucionales en materia penal, pero con las cuales resulta importante enfrentar algunas de las disposiciones contenidas

en la LFDO, con el objetivo de precisar si se advierte o no una tendencia hacia el derecho penal del enemigo.

### **Ruptura con el derecho penal de garantías, en la LFDO**

Hablar de una ruptura con un derecho penal que otorga garantías mínimas a los gobernados es difícil de aceptar. La concepción de que contamos con la seguridad de que el Estado tutela nuestras prerrogativas, de que la *Constitución* es un documento rector del bienestar de los gobernados y de que las autoridades no pueden hacer sino aquello que expresamente les atribuye la ley son solo algunos de los factores para el mantenimiento de la paz social. No debemos olvidar que

... un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y, sobre todo, por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas.<sup>4</sup>

Sin embargo, en el derecho penal sabemos igualmente que las autoridades pueden privarnos de nuestra libertad si actualizamos con nuestra conducta algún tipo penal, aunque para hacerlo deban respetar nuestras garantías de seguridad jurídica y, como consecuencia, cumplir con una serie de requisitos para que el Estado legitime la afectación que pueda efectuar a los gobernados en alguno de sus derechos.

---

<sup>4</sup> Marina Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Miguel Carbonell Sánchez y Pedro Salazar Ugarte, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, pp. 21-39.

El derecho penal que sustenta el respeto a esas garantías mínimas de los gobernados se concreta primero a través de las garantías constitucionales y como consecuencia en las disposiciones contenidas en las normas ordinarias como los códigos penales y de procedimientos penales.

En el caso de la delincuencia organizada y más específicamente de la LFDO —como ya hemos comentado—, ésta es considerada por algunos autores como una legislación de excepción; sin embargo, el fenómeno al cual se aplica, es decir, al crimen organizado, es cada vez más común y por consiguiente cada vez más las disposiciones que establece se actualizan cotidianamente. Al respecto, analizaremos los aspectos básicos, sustantivos y adjetivos, de la ley mencionada, para ver si relativizan las garantías de los gobernados, no solo de los sujetos activos sino igualmente de la parte agraviada.

### **Caracterización del derecho penal del enemigo**

En el ámbito doctrinal, derivado sobre todo de esta nueva forma de tratar de combatir al crimen organizado, se ha delineado lo que se denomina un derecho penal del enemigo. En éste se identifica a algunos ciudadanos comunes con enemigos de la sociedad, considerando aspectos como su peligrosidad (concepto por demás discutible), y se genera la idea de la defensa de la sociedad frente a ellos, a quienes hay que reprimir para evitar que generen daño a la colectividad sin importar que su esfera de derechos se vea mermada. En este contexto surge el derecho penal del enemigo, que advierten algunos autores como Jesús-María Silva Sánchez, Claus Roxin, Günther Jakobs, Francisco Muñoz Conde y Eugenio Raúl Zaffaroni.

Silva Sánchez caracteriza dos velocidades del derecho penal: la primera representada por el derecho penal de la cár-

cel, de la rigidez de los principios político-criminales, de imputación y procesales clásicos; la segunda, en la cual los casos que no están sujetos a la pena de prisión sino a la privación de derechos o a sanciones pecuniarias, los principios y las reglas pueden flexibilizarse proporcionalmente a la menor gravedad de las sanciones. Sin embargo, se pregunta si puede existir y admitirse una tercera velocidad del derecho penal, “en la que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”.<sup>5</sup> Esta tercera velocidad es la manifestación más drástica del poder punitivo del Estado, de la facultad de decisión y de sanción de las autoridades frente a los gobernados, ya que inclusive las garantías de seguridad jurídica son disminuidas. Silva Sánchez acepta que esa tercera velocidad ya existe, por ejemplo, en el caso del derecho penal socioeconómico; además, reflexiona sobre su pertinencia en ámbitos como la delincuencia patrimonial profesional, la criminalidad organizada o el terrorismo, entre otros, y expresa una opinión –que compartimos– en cuanto a que dicha velocidad debe ser reducida a la mínima expresión.<sup>6</sup> Si bien no sustenta un derecho penal del enemigo, sí señala que esta tercera velocidad de la que habla tiene estrecha relación con lo que Jakobs denomina precisamente de esta forma.

Jakobs se refiere a la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico y centra su argumentación en el autor, del cual dice que “viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite

---

<sup>5</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 163.

<sup>6</sup> *Idem.*

alguno, el comienzo de tal peligro”.<sup>7</sup> En este sentido caracteriza al autor como enemigo del bien jurídico y por virtud de esto se podría combatir cualquier signo de peligro; sin embargo, a esta concepción le contraponen una definición de autor como ciudadano y dice que “El autor no solo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control...”.<sup>8</sup> Pero, ¿cómo caracterizar al enemigo?, ¿quién tiene la autoridad y legitimación necesaria para decidir quién lo es?, ¿si alguien es enemigo, puede volver a ser ciudadano?, ¿qué posibilidad tenemos las personas comunes y corrientes (por denominarnos de alguna manera) de no ser confundidas y clasificadas como tales? Estas y otras interrogantes surgen frente a este derecho penal del enemigo. Silva Sánchez aborda este concepto y dice que

... el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. [Además], el tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría

---

<sup>7</sup> Günther Jakobs, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, p. 393.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 394.

que hacer frente de un modo expeditivo. El derecho del enemigo –cabría pensar– sería, entonces, ante todo, el derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.<sup>9</sup>

Estos argumentos no responden las interrogantes señaladas, dada su ambigüedad, pues sigue presente el riesgo de que cualquier individuo pueda ser encasillado como enemigo sin justificación alguna. Desde luego que estas reflexiones surgen a partir de la doctrina, ya que en la legislación no se reconoce la existencia de un derecho penal del enemigo, aunque pudieran estar presentes algunas de las características que se atribuyen a esta denominación.

Por otra parte, si al autor se le considera un enemigo, al que podríamos definir como una persona a quien se considera un peligro para la sociedad, y se le disminuyen sus derechos aun antes de que se demuestre su culpabilidad, entonces se le equipara a un no ciudadano.

En tal sentido, ese “enemigo” no tendría ninguna esfera que debiera quedar fuera del control estatal, teniendo en cuenta el peligro que representa para los bienes jurídicos; sin embargo, si se le considera un ciudadano, entonces se le reserva una esfera o ámbito de lo que Jakobs denomina de las *cogitationes*, en el cual no puede ejercerse el control externo. Sin embargo, el sujeto puede asumir distintas conductas y diversos papeles dependiendo de situaciones concretas. Por tanto, para Jakobs, cualquier manifestación externa, por mínima que sea, así como la comunicación de aquello que yace en el ámbito interno del individuo, constituyen ya manifestaciones externas y dejan la esfera privada. Como ejemplos señala los casos en que se definen acuerdos previos entre sujetos, como delitos, en donde expresa:

---

<sup>9</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 164-165.



... se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se concede el *status* de ciudadano [y que] Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del derecho penal de ciudadanos: el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.<sup>10</sup>

Una dificultad se centra en el hecho de tipificar como delitos muchas más conductas que las que implican un resultado dañoso o un peligro efectivo, lo cual se contrapone con la tendencia a disminuir la intervención del derecho penal y a considerarlo como la última posibilidad y la más grave para sancionar; esto es, cuando cualquiera otra alternativa de solución ha sido ineficaz. En tal sentido,

El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil, en buena medida porque somete al derecho penal a cargas que éste no puede soportar.<sup>11</sup>

El propio Jakobs reflexiona en cuanto a que la relación con los enemigos no se rige por el derecho sino por la coacción, ya que la legalidad se aplica a la relación entre personas que son

---

<sup>10</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, p. 397.

<sup>11</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 65.

titulares de derechos y deberes; y que, finalmente, la medida que se ejecuta contra el “enemigo” no significa nada, sino que solo se coacciona.<sup>12</sup> Además, señala: “El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias”.<sup>13</sup>

No obstante, el reclamo social para que las autoridades luchen contra la delincuencia organizada se refleja en la tipificación de conductas, ya que la sociedad exige acciones concretas para detener el crimen organizado y sustentar la seguridad ya no solo en un plano nacional o regional sino inclusive mundial y los legisladores se ven obligados a actuar en consecuencia.

La caracterización de un derecho penal de enemigos no implica que se defiendan sus postulados, solo que se reconozca su existencia. Inclusive, Zaffaroni establece como hipótesis que la categoría de “enemigos” no es de reciente creación, sino que siempre se ha diferenciado a algunos seres humanos considerándolos peligrosos. Al respecto señala:

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que solo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal

---

<sup>12</sup> Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, pp. 25-31.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 31.

y regionalmente— el derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>14</sup>

Esta hipótesis la confirma al hablar del “enemigo” en el derecho penal y, entre otras cuestiones, sostiene que en el derecho ordinario no se hace alusión en forma clara a esa categoría por virtud de que es incompatible con el principio del estado de derecho, además de reflexionar diciendo: “Este es el verdadero escándalo: la enorme medida en que, por acción u omisión, el derecho penal admite y legitima el trato de una persona como no persona, o sea, considerada como un puro ente o cosa peligrosa sin importar conceptualmente (por supuesto que importa en cuanto a consecuencias personales) la extensión de los derechos de los que se priva a la persona por este título”.<sup>15</sup>

El análisis de algunos casos en los cuales se puede presentar disminución de garantías o en que se tipifiquen como delitos conductas en las cuales no existe aún (y pudiera no existir) alguna vulneración de bienes jurídicos puede mostrarnos la tendencia hacia las características de este derecho penal de enemigos, aunque se advierta que hay autores, como Silva Sánchez, que discuten sobre su legitimidad cuando afirma:

... queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el derecho penal del enemigo sigue siendo “derecho” o es ya, por el contrario, un “no-derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos” [y que es posible] pronosticar que el círculo del derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 19.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>16</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 166-167.

La delincuencia organizada es un campo en el cual surge la hipótesis de que se pueden ubicar algunas de las características del derecho penal del enemigo, lo cual trataremos de precisar en los siguientes apartados, ya que, además de la gravedad de las conductas que los grupos delictivos organizados realizan, el Estado ha mostrado graves problemas para combatir este fenómeno, para investigarlo, ubicarlo, demostrarlo y sancionarlo. Problemática que es más grave aún por virtud del proceso de globalización en que estamos inmersos todos, no solo en los aspectos lícitos de la convivencia humana, sino también en las actividades ilícitas que han rebasado fronteras.

Para Muñoz Conde, el problema no está en determinar si existe o no un derecho penal del enemigo, pues sostiene que esto es algo que nadie niega, sino que “lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema del estado de derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales”.<sup>17</sup>

De tal forma, las características que de lo expuesto pueden aplicarse al denominado por Jakobs derecho penal del enemigo<sup>18</sup> son:

---

<sup>17</sup> Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, p. 19. La lectura completa de esta obra es de particular interés ya que va de cierta crítica a los argumentos de Jakobs, al reconocimiento de que hay ejemplos de la existencia del derecho penal del enemigo, no sin advertir del peligro y gravedad que representa el reconocimiento de este derecho penal de excepción, derivando su reflexión, finalmente, hacia el problema de la legitimidad que pudieran tener en relación con los principios del estado de derecho y con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

<sup>18</sup> Del cual el propio autor señala que difícilmente puede aparecer en la realidad de modo puro. Cfr. Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *op. cit.* En cuanto a estas características específicas, cfr. *ibid.*, pp. 63-64 y 89-92.

1. Es un derecho penal de autor cuya función manifiesta es la eliminación del peligro.
2. El autor es considerado un enemigo, un no-ciudadano, atendiendo al peligro que representa para los bienes jurídicos, ya que no ofrece garantía de su comportamiento personal.
3. Se anticipa la protección penal a cualquier vulneración concreta de algún bien jurídico.
4. La relativización de garantías procesales.
5. “Ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación”.<sup>19</sup>
6. “El tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de la lucha”.<sup>20</sup>

Para delimitar si en la LFDO se muestra una tendencia hacia el derecho penal del enemigo, es necesario contrastar algunas de sus disposiciones –a las cuales ya nos referimos en capítulos precedentes– con estas características. Asimismo, hacer este ejercicio respecto a las garantías constitucionales en materia penal, enfrentándolas contra las disposiciones relativas de la LFDO y, en su caso, de la CNUDOT.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Así lo señala, al comentar los argumentos de Jakobs, Rebeca Elizabeth Contreras López, “¿Existe un derecho penal del enemigo?”, en *Letras Jurídicas*, p. 178.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Un ejercicio donde se enfrenta el derecho penal del enemigo con un ordenamiento jurídico específico, español, en su caso la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de 2003, que es interesante consultar, es el de Patricia Faraldo Cabana, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en José Ángel Bradariz García y Luz María Puente Aba (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, en el cual se expresan algunos argumentos que, aunque no se refieren al objeto específico de nuestro estudio, es decir,

## ¿Existe un derecho penal del enemigo en las disposiciones contra la delincuencia organizada?

Ya anotamos las características básicas del derecho penal del enemigo; ahora reflexionaremos si en las disposiciones contra la delincuencia organizada, que igualmente hemos analizado, podemos identificar algunas semejanzas.

El derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor, es decir, que la sanción que se aplica se vincula directamente a la personalidad del señalado y genera la reacción penal con base en determinadas cualidades de la persona, de las que muchas veces no tiene ninguna responsabilidad. Por el contrario, en el derecho penal de acto la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción solo representa la respuesta al hecho individual y no a la conducción de la vida del autor o al peligro que pueda representar.<sup>22</sup>

En el caso concreto de la delincuencia organizada, ya hemos estudiado que la tipificación relativa implica una doble incriminación, porque no es preciso que se actualice alguno de los posibles delitos predicado, sino que basta organizarse o acordar organizarse para que se justifique la aplicación de penas, lo cual facilita castigar a los miembros de estas agrupaciones; y si se realizan esos delitos predicado, las sanciones a imponer se suman a las que corresponden a este tipo de

---

la LFDO, sí nos dan la pauta para afirmar que la inclusión de algunos aspectos característicos del derecho penal de enemigos no es privativo del ordenamiento mexicano que se comenta, sino que, al parecer, es una tendencia que se muestra a nivel internacional.

<sup>22</sup> *Análisis del Derecho Penal Peruano-Monografías, Com*, en monografías. com/trabajos25/derecho-penal-peru/derecho-penal-peru.shtml, consultado el 20 de julio 2006.

criminalidad. Una situación similar ocurre con el concepto de “grupo delictivo organizado” que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; es decir, que se puede sancionar a una persona por agruparse con otras y adicionalmente por el delito o los delitos que se cometan, si es el caso. O sea, por la delincuencia organizada se sanciona al sujeto por el peligro que pueda representar contra la sociedad, aunque más bien se le aplica una pena por ser miembro de esa organización. En cambio, por la comisión de los delitos predicado, la sanción se aplica por el resultado que se presenta.

Esto es, se considera peligroso un comportamiento que se ubica en la esfera interna del individuo. Por tanto, se juzga de antemano como peligroso al sujeto señalado como miembro de la delincuencia organizada y, además, como ya vimos, existen algunas disposiciones que presumen la culpabilidad de una persona antes que su inocencia. En tal virtud, consideramos que sí existen algunas disposiciones relativas a la delincuencia organizada que tienden hacia el derecho penal de autor y no de acto.

Como segunda característica señalamos que el autor es considerado un enemigo, un no ciudadano, atendiendo al peligro que representa para los bienes jurídicos. Esta situación puede identificarse con las mismas disposiciones que se mencionaron anteriormente respecto al derecho penal de autor. Pero, además, en las relativas a la inversión de la carga probatoria contenidas tanto en la LFDO como en la CNUDOT, aunadas a la vulneración del principio de presunción de inocencia ya que se estarían negando prerrogativas que supuestamente son aplicables a todo ciudadano y, por tanto, a los miembros (efectivos o presuntos) de la delincuencia organizada, se les estaría excluyendo de esta categoría. Casos extremos pueden reflejar esta tendencia tal como ha ocurrido –dicen Iker Sarriegi y Zigor Reizabal– en España, ya que

... en los últimos tiempos los tribunales españoles han adoptado una serie de resoluciones que chocan frontalmente con los fines y el espíritu del derecho penal. Claro exponente de ello es la nueva doctrina emanada del Tribunal Supremo por virtud de la cual se modifican de manera arbitraria y repentina los criterios de redención de penas por el trabajo y liquidación de condenas, pacíficamente admitidos hasta esa fecha y que vienen a establecer una pena casi de por vida para los presos políticos vascos. Se trata de la llamada doctrina Parot.

El caso de Juana es otro claro exponente de que una cosa es la teoría y otra bien distinta la práctica. Esta última ha evidenciado, en el caso concreto, que se ha hecho uso y aplicación de manera flagrante del denominado Derecho Penal de Autor también llamado Derecho Penal del Enemigo, que ha sido definido por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 20 de julio de 2006 como aquel que busca castigar no por lo que se ha hecho, sino por lo que se es, es decir, no atiende al hecho cometido, sino a la persona que lo comete.<sup>23</sup>

Una versión señala que en ese caso se condenó al autor a más de doce años de prisión por haber escrito dos artículos en un diario, lo que no pudo encuadrarse en un delito de amenazas terroristas, y que por ello fue ubicado dentro de las denominadas amenazas veladas que implican que no se concreta el mal con que se intimida, pero puede inferirse, y que realmente se sancionó por quien era el autor de esos escritos y no porque éstos implicaran ningún tipo de peligro.

---

<sup>23</sup> Zigor Reizabal e Iker Sarriegi, *El derecho del enemigo*, en [gara.euskalherria.com/idatzia/20061119/art\\_189640.php](http://gara.euskalherria.com/idatzia/20061119/art_189640.php).



Es por ello por lo que se puede entender que en España, como en Guantánamo, hay situaciones que recuerdan a tiempos inquisitoriales y que dan ejemplo de lo que es el derecho penal del enemigo, que se sustenta en el odio y en la venganza [y que] Iñaki de Juana debería estar en libertad porque ya cumplió la pena que en su día le fue impuesta. La condena actual es un plus para evitar su excarcelación porque es él, porque es el enemigo.<sup>24</sup>

Otro caso puede advertirse en la regla contenida en la LFDO que considera prueba plena para un proceso diverso la sentencia irrevocable que tiene por demostrada la existencia de una organización criminal y por virtud de la cual, para sancionarlo, solo se requiere probar la vinculación (sin especificar de qué tipo) del nuevo procesado con el grupo.

Se presenta lo que mencionamos en el anterior capítulo en cuanto a que se tiende hacia una sociedad perseguida y expuesta a que sus integrantes tengan que demostrar su inocencia en los casos en que se les considere culpables antes de ser juzgados.

Otra característica del derecho penal del enemigo es que se anticipa la protección penal a cualquier vulneración concreta de algún bien jurídico. Esto sí se presenta de manera mucho más clara a partir de la tipificación de la delincuencia organizada en la LFDO y del grupo delictivo organizado en la CNUDOT. Se establece la actualización de estas agrupaciones y de las sanciones aplicables sin necesidad de actualizar ninguna lesión concreta de bienes jurídicos, a pesar de que se pueda argumentar que se protege el derecho a la seguridad.

La relativización de garantías procesales es una característica básica del derecho penal del enemigo, ya que en él se

---

<sup>24</sup> *Idem.*

enfrenta este concepto a las disposiciones jurídicas formales; de ahí que nos remitimos a las garantías constitucionales en materia penal, anteriormente señaladas, para contrastarlas ahora con las disposiciones contenidas en la LFDO y, en su caso, en la CNUDOT.

La generalidad de la norma constitucional por la cual todo individuo goza de las garantías señaladas en la *Constitución* se cumple respecto a la legislación en materia de delincuencia organizada, ya que se aplica a todo individuo o grupo que actualice las hipótesis que en ella se contienen. Sin embargo, no debemos olvidar que la LFDO se considera una legislación de excepción, lo cual de ninguna manera justifica la vulneración de garantías o la relativización que de ellas pueda hacerse, lo cual trataremos en las siguientes líneas. Sin embargo, una afirmación previa es que la generalidad de las garantías no debe caer en excepciones, cada vez más frecuentes, sean las que se refieren a la delincuencia organizada o a cualquiera disposición que afecte bienes jurídicos de las personas.

Las garantías contenidas en los artículos 8, 13, 15 y 17 de la CPEUM, que incluyen el derecho de petición, la prohibición de juzgar a alguna persona por leyes privativas o por tribunales especiales, la de celebrar tratados de extradición de reos políticos y el derecho a la justicia pronta y expedita, su análisis, por su generalidad no los consideramos relevantes en este momento por no vincularse directamente con la reflexión que nos ocupa.

El artículo 14 constitucional incluye, entre otros aspectos, las de audiencia y de legalidad, es decir, la prohibición de privar a cualquier persona de bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, las posesiones o los derechos, si no existe un juicio ante tribunales previamente establecidos donde se cumplan las formalidades esenciales del procedi-

miento y de conformidad con leyes anteriores al hecho, así como la de aplicar, por analogía, sanciones penales. De primera intención podemos decir que se cumple con estos extremos porque se acatan las disposiciones contenidas en la LFDO; sin embargo, cabe reflexionar respecto a ciertas disposiciones para llegar a alguna conclusión.

En este sentido, uno de los puntos que pueden apartarse de esta garantía son las medidas de investigación que se consideran en la referida ley, tales como la contenida en el artículo 10 que autoriza a la Secretaría de Hacienda que realice auditorías a personas físicas o morales cuando se presume que son miembros de la delincuencia organizada, así como la que señala el artículo 29 para autorizar el aseguramiento de bienes en casos similares y, aún más, la autorización de arraigar a una persona. En todas estas hipótesis se advierte la privación de bienes jurídicos, inclusive por meras sospechas, sin que se pueda afirmar que existe ya un juicio formalmente establecido para tener como resultado esta afectación a la esfera de derechos de los individuos.

Incluso, si en extremo se quisiera justificar esta intromisión por meras sospechas, poco sustento podemos encontrar al hecho de que, a través de la intervención de comunicaciones privadas o la infiltración de agentes, aunque se cuente con la autorización respectiva, se afecten derechos de personas que ni siquiera están sujetas a investigación y que, por tanto, no están incluidas en el otorgamiento para hacerlo.

Es decir, que si una orden de interceptación de comunicaciones privadas señala específicamente –de conformidad con los artículos 16 y 17 de la LFDO– que se está investigando a los sujetos A y B, cuando esto implica en la práctica que igualmente se escuchen y por tanto intervengan las comunicaciones de C y D o que los agentes se enteren de cuestiones relativas a su esfera privada, para estos dos últimos sujetos se actualiza

la vulneración a las garantías contenidas en el artículo 14 y, más ampliamente, en el 16 constitucionales, pues no solo se les generan actos de molestia sino que se les priva de la libertad para decidir, al menos en los actos específicos de comunicación o de privacidad, a quienes hacen partícipes de su esfera privada de derechos, además de que esos datos obtenidos sin autorización puedan utilizarse contra C y D para iniciar nuevas averiguaciones previas.

Además, existe la dificultad para demostrar la finalidad que se persigue con la organización del grupo delictivo (tres o más personas) pues, como se ha comentado, de conformidad con el artículo 14 constitucional no se puede sancionar como delinquentes organizados a quienes tengan propósitos diversos a la comisión de los delitos predicado que incluye el artículo 2 de la LFDO. Esto nos lleva a concluir que en algunas de las disposiciones contenidas en dicha ley se vulneran garantías del artículo 14.

En el artículo 16 constitucional se establecen garantías más amplias que en el numeral 14, puesto que la prohibición se refiere a los actos de molestia, los cuales, como garantía de seguridad jurídica, pueden llevarse a cabo únicamente con mandamiento escrito de la autoridad competente con la debida fundamentación y motivación. Los bienes jurídicos que tutela son igualmente amplios, pues se refieren a la persona, a la familia, al domicilio, a los papeles o a las posesiones.

En este sentido, en relación con las disposiciones de la LFDO, podemos convenir en que los actos de molestia sí provienen de autoridad competente, ya que esa competencia le es dada por las disposiciones de la propia ley; sin embargo, en cuanto a la fundamentación y la motivación que se refiere de que dicho mandamiento escrito se base en precepto legal expreso y que el caso particular encuadre dentro de esa disposición, cabe insistir en que la propia tipificación de la delin-

cuencia organizada tiene aspectos ambiguos tales como el alcance de la “organización de hecho”, ya que no se precisan los actos que pueden integrar dicha estructura, por lo cual se corre el riesgo de considerar integrado este delito a partir de hipótesis poco precisas.

También, el artículo 16 establece la facultad exclusiva de la autoridad judicial para librar orden de aprehensión con los requisitos ya comentados relativos a la denuncia previa o querrela y a la acreditación del cuerpo del delito así como la probable responsabilidad. A partir de esta garantía de seguridad jurídica, podemos reflexionar en un caso particular cuando, por ejemplo, por datos obtenidos a través de la intervención de comunicaciones privadas que incriminen a una persona que no está sujeta a investigación, se pueda iniciar una averiguación previa en donde no existe como requisito previo la denuncia; además, lo que deriva de lo dispuesto por el artículo 41, párrafo tercero, de la LFDO, que tiene como prueba plena de la demostración de una organización delictiva la sentencia irrevocable que la tenga por acreditada en un procedimiento diverso y que solo exige demostrar la vinculación del nuevo procesado con dicha organización; es decir, que como demostración previa (fuera del procedimiento seguido al indiciado) se tienen por integrados elementos del cuerpo del delito, pero que no se verifican en el nuevo procedimiento, y tampoco, dada la redacción del precepto 41 que se comenta, se tendría que acreditar que esa organización continúa existiendo o que, cuando se tuvo por demostrada su integración, el sujeto afectado hubiera pertenecido a ella.

En estos casos se cumplen aparentemente los lineamientos del artículo 16 constitucional, aunque pareciera ser que se flexibilizan los requisitos que se marcan para que se puedan realizar los actos de molestia a que este artículo alude.

Respecto a los hechos en los cuales una persona puede ser detenida y a los plazos de retención que el ministerio público

puede aplicar, aun en el caso de la delincuencia organizada que es hasta de noventa y seis horas, se contrapone, en cuanto a la afectación que se genera a los sujetos, con las disposiciones relativas, de conformidad con el artículo 12 de la LFDO, ya que de inicio no se establecen plazos específicos, puesto que se indica que dicha medida puede prolongarse por un término máximo de ochenta días. Como se advierte, esta privación de la libertad física (y no de tránsito como algunos sustentan), puede tener una duración mucho mayor a la retención y aun al término que constitucionalmente se otorga al juez para decidir la situación jurídica del indiciado, aunque se duplique; además, en el caso del arraigo ni siquiera se ha integrado la averiguación previa y se puede generar este acto de molestia (que podemos considerar inclusive de privación) con base en meras sospechas en contra de personas que ni siquiera han sido detenidas en flagrancia y menos aún se ha ejercitado acción penal.

Respecto a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y de la libertad de circulación de correspondencia que señala el propio artículo 16 constitucional, caben las mismas reflexiones que ya se anotaron en cuanto a la afectación que se puede generar a terceros que no están sujetos a investigación, en contra de los cuales no se autoriza la intervención de comunicaciones privadas aunque, aun así, son perturbados en su intimidad sin su consentimiento ni conocimiento.

En cuanto a las disposiciones contenidas en el artículo 18 constitucional que se refieren a que la prisión preventiva solo puede aplicarse por delitos que merezcan pena corporal, si bien no se le denomina “prisión preventiva”, la reglamentación que la LFDO establece respecto al arraigo, ya comentada, implica más que una mera prisión preventiva, ya que el sujeto no está formalmente procesado sino solo sujeto a investigación y aun así se le priva de su libertad en un lugar cuya determinación queda al arbitrio del ministerio público, en el cual no

cuenta siquiera con la seguridad que pudiera proporcionarle la institución carcelaria.

Por otra parte, la finalidad que el sistema penal debe lograr es la readaptación social del sujeto y en este sentido es manifiesto que se trata de legitimar la prisión formalmente a través del argumento de su reinserción;<sup>25</sup> sin embargo, si analizamos algunas de las disposiciones de la LFDO, nos percatamos que palpablemente se vulnera este precepto. Uno de los aspectos relevantes lo encontramos en el excesivo incremento de las penas, específicamente de la prisión, ya que, como hemos señalado, las sanciones que corresponden al delito de delincuencia organizada son adicionales a las aplicables a los delitos predicado, que llegan a elevarse hasta en 600%, tal como ya se ejemplificó, y además se advierte respecto de los demás delitos a que se contrae la LFDO.<sup>26</sup> No olvidemos que cuando el Estado crea tipos penales sin considerar otras medidas opcionales para prevenir conductas o, en su caso, elevar las penas para que se considere que está combatiendo la delincuencia, “entonces estará en la vía hacia un Estado autoritario, aunque lo disfrace con la legalidad de la reforma del derecho penal”.<sup>27</sup>

Inclusive, una de las características del derecho penal del enemigo es que, a pesar de que en el caso de la tipificación de

---

<sup>25</sup> Respecto al análisis del argumento de la readaptación, véase Miriam Elsa Contreras López, *op. cit.*

<sup>26</sup> La pena de prisión, respecto a cada una de las hipótesis de los delitos predicado, se incrementa enormemente cuando lo comete algún miembro de la delincuencia organizada, considerando las funciones que desempeña el sujeto dentro de la organización criminal e, inclusive, si es servidor público o se utiliza a menores. Lo anterior nos permite reflexionar sobre el hecho de cómo se pretende lograr una readaptación social, a través de un excesivo aumento de la prisión, sin advertir algún otro mecanismo que coadyuve a lograrla.

<sup>27</sup> Enrique Díaz Aranda, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, p. 89.

la delincuencia organizada, cuando aún no se ha cometido ninguno de los delitos predicado, se anticipa el castigo a la realización del resultado, y aun así no se aplica una reducción de pena correspondiente a tal anticipación, lo que igualmente se advierte en las disposiciones contenidas en la LFDO.

Otra de las disposiciones que pone en duda la pretensión de lograr readaptar a los sujetos es la negativa de beneficios de ejecución, una tendencia también internacional, que se complementa con la existencia de la prisión de máxima seguridad. Sin embargo, si se pudiera considerar que de esta forma se puede lograr la readaptación social (criterio que no compartimos), entonces no se explica por qué, por ejemplo, en el artículo 43 de la LFDO se exceptúa de la prohibición de conceder beneficios a quienes colaboren con la autoridad en la investigación y sanción contra los miembros de la delincuencia organizada, lo cual no parece ser un criterio válido para considerar readaptados a quienes coadyuvan con la autoridad, ya que seguramente su principal motivación es acortar el tiempo de su reclusión y no readaptarse o reinsertarse socialmente.

El caso extremo de vulneración al artículo 18 constitucional lo encontramos en la disposición relativa a los colaboradores, es decir, personas que han cometido delitos, que forman parte de la organización criminal y que auxilian a la autoridad en la investigación y la sanción de los miembros de este tipo de criminalidad, ya que, como hemos comentado, los beneficios que se les ofrecen llegan, incluso, a la inmunidad, lo cual no puede significar, de ninguna manera, que se cumpla con la finalidad del sistema penal, puesto que dos sujetos que hayan realizado similares conductas, si uno colabora con la autoridad y otro no, puede llevar a que al primero se le concedan beneficios e, inclusive, no se le sancione, y al segundo, en cambio, se le aplique todo el peso de la ley y se le someta a un encarcelamiento prolongado, lo que resulta



entonces en un criterio utilitarista y no en el cumplimiento de los lineamientos que establece el artículo 18 constitucional.

Por ello, en las disposiciones comentadas se advierte una palpable violación a lo dispuesto por el ordenamiento señalado que, si nos remitimos al ámbito estrictamente formal, afecta no solo a quien es sometido a una pena de prolongada prisión sin que se advierta que con esa posición se pretende su readaptación social, sino también a quien no es sancionado, lo que no implica que consiga readaptarse, sino que nuevamente queda expuesto a continuar con sus actividades delictivas. En tal sentido parece advertirse una tendencia hacia ese derecho penal de la tercera velocidad que se caracteriza, entre otros aspectos, por la relativización de garantías y el incremento de la pena de prisión; sin embargo, el riesgo es que esta situación pueda no ser excepcional sino que se generalice y se traduzca en una especie de “derecho de guerra”, como lo denomina Silva Sánchez.<sup>28</sup>

El artículo 19 constitucional establece que ninguna detención ante autoridad judicial puede exceder de setenta y dos horas a partir de que se le pone a disposición, si no se justifica con un auto de vinculación a proceso. Al respecto, podemos decir que esta disposición se cumple si consideramos que la detención es ante autoridad judicial y que el término corre a partir de que se pone a su disposición al sujeto. Sin embargo, lo grave es que si en estos extremos en que ya hay una consignación hecha por el ministerio público y, por lo tanto, una averiguación previa integrada, y ya que el sujeto está a disposición de la autoridad judicial, el máximo de privación de libertad es de setenta y dos horas o, en su caso, cabe la duplicidad de este término, por

---

<sup>28</sup> Cfr. José-María Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 165-166.

eso no es explicable que un arraigo pueda prolongarse, inclusive, durante casi tres meses, no para decidir la situación jurídica del individuo sino para integrar una investigación.

El artículo 20 de la CPEUM establece garantías en los procesos de orden penal, tanto para el inculpado como para la víctima u ofendido. Respecto al inculpado se prevé:

B. DE LOS DERECHOS DE TODA PERSONA IMPUTADA:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;
- II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;
- III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.  
La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;
- IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime

necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

- V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad solo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

- VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

Por otra parte, el apartado C del artículo 20 de la CPEUM se refiere a los derechos de la víctima u ofendido. A pesar de la importancia de esto, en cuanto a la caracterización del derecho penal del enemigo, no es un aspecto que se resalte de forma

particular por lo que simplemente debemos recordar que ya hemos hecho referencia a las garantías de las víctimas y la vulneración que implican a ellas algunas de las disposiciones contenidas en la LFDO, que de la misma manera compromete poner en mayor riesgo a quienes ya de por sí han resentido la afectación por la comisión de uno o más delitos, tal como ocurre a través de las disposiciones relativas a los testigos protegidos y a colaboradores o a la recompensa.

En el artículo 21 de la CPEUM se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial incluyendo los casos de la delincuencia organizada y de cualquier otro delito; sin embargo, a riesgo de exagerar, medidas como el arraigo constituyen la privación de derechos, en este caso de la libertad, e implican una sanción para quien la padece por más que se justifique como una medida para integrar una investigación y darle la oportunidad al sujeto de que participe en la aclaración de los hechos que se le imputan.

Dispone el mismo artículo 21 constitucional que la investigación de los delitos corresponde al ministerio público auxiliado por una policía, que la seguridad pública es una función del Estado y que la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, entre otros. Si contrastamos estos aspectos con algunas de las disposiciones para la investigación de la delincuencia organizada —que ya hemos comentado—, tenemos que un aspecto que pone en entredicho esta responsabilidad estatal para la investigación y la persecución de los delitos y para tutelar la seguridad pública es la negociación de la justicia con los particulares, lo cual se advierte en la protección de testigos y colaboradores así como en la recompensa. Si bien se manejan como medidas para hacer eficaz la investigación del crimen organizado, muestran la incapacidad de las autoridades para combatir, por sus propios medios, este

gravísimo problema; en este sentido, se están dando elementos legales a los miembros de esa criminalidad para negociar beneficios y, además, se está cediendo parte de su potestad, como, por ejemplo, llevar a cabo la investigación de delitos en forma confidencial, pues se ha llegado al extremo de publicar en medios informativos el ofrecimiento de recompensa a cambio de información relativa a determinados individuos.

También se contrapone con la obligación del ministerio público de investigar y perseguir los delitos, en lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba, donde se pretende que el inculpado sea quien aclare los hechos que se le imputan considerándolo culpable como presupuesto y no inocente; además de que en muchos de los casos lo que debe demostrar son hechos negativos, es decir, que no acontecieron los hechos que se le atribuyen, asimismo en hipótesis como tener que acreditar la procedencia legítima de los bienes que sean asegurados a las personas que se presume que son miembros de la delincuencia organizada, con fundamento en el artículo 29 de la LFDO. Esta inclinación a desligar de responsabilidad a la autoridad para acreditar los hechos que se imputan a las personas y arrojarles esa carga probatoria no es solo una tendencia en la legislación nacional, pues como ya hemos señalado también existen disposiciones similares en la CNUDOT para demostrar que, por ejemplo, se ignoraba la procedencia ilegítima de ciertos bienes.

Lo mismo ocurre de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la CPEUM, ya que se incluye como excepción el caso de la delincuencia organizada respecto al decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delitos previstos como de este tipo de criminalidad, e inclusive la aplicación de esos bienes a favor del Estado. No obstante, constituyen una excepción que distingue a los sujetos que son investigados y/o sentenciados por ese tipo de delincuencia y quienes lo son por

cualquiera otro. De reciente introducción, por así decirlo, es la figura de la extinción de dominio, que consiste en “la pérdida y/o extinción del dominio que tenía el particular sobre uno o más bienes, y la aplicación de los mismos a favor del Estado”.<sup>29</sup> Esto, desde luego, previo el procedimiento jurisdiccional y autónomo previsto por la propia *Constitución* en sus reglas generales y que procede, entre otros, en el caso de delincuencia organizada respecto a bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, inclusive cuando aún no se dicta sentencia ejecutoria. Sin embargo, nada dice en esta cuestión cuando se dé el caso de que quien fue privado de bienes sea absuelto en la sentencia definitiva, así como sobre bienes que hayan sido utilizados, por ejemplo, para ocultar otros productos del delito o que estén siendo utilizados por algún tercero para la comisión de los ilícitos, inclusive respecto a los que aparezcan como propiedad de terceros pero se determine (no se dice cómo) que son producto de delitos patrimoniales o delincuencia organizada y que el acusado se conduzca como dueño. Como parte de esta disposición, se da la posibilidad al afectado para interponer recursos y demostrar la procedencia lícita de esos bienes y que actuó de buena fe o tenía impedimento para conocer que los bienes se empleaban ilícitamente.

En el artículo 23 de la CPEUM se prohíbe, entre otros aspectos, que se juzgue a alguien dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Al respecto, ya hemos comentado que la propia tipificación de la delincuencia organizada implica el acuerdo de tres o más personas para organizarse, o que ese mismo número de individuos se organicen para realizar, en forma permanente

---

<sup>29</sup> María Eloísa Quintero, “Extinción de dominio y reforma constitucional”, consultado en [http://www.reforma.penal.Inacipe.gob.mx/pdf/Número6\(4epoca\)06QuinteroSP.pdf](http://www.reforma.penal.Inacipe.gob.mx/pdf/Número6(4epoca)06QuinteroSP.pdf)

o reiterada, conductas que por sí mismas o vinculadas a otras tengan como fin o resultado la comisión de los delitos que la propia LFDO señala; es decir, se le sanciona por participar en el acuerdo u organización y, además, se le sanciona por el delito que resulte cometido y se incrementa gravemente la pena que se impone por ser miembro de esa criminalidad. En tal sentido, si la organización que para realizar delitos concretos es el medio específico para poder cometerlos, consideramos que se está recalificando la conducta a través de dos tipos penales: uno que es la delincuencia organizada y otro el delito predicado que resulta cometido. En este caso, cabría reflexionar si lo correcto –formalmente hablando– no es señalar la integración del grupo para la organización de los delitos como agravante y no como un tipo penal autónomo, ya que la forma en que se presenta en la LFDO implica una doble incriminación que, a pesar de que se tramite en el mismo proceso y se llegue a dictar solo una sentencia, lo cierto es que se está duplicando el castigo y recalificando la conducta de los sujetos. De tal forma, consideramos que se vulnera el contenido del artículo 23 constitucional, pues, aunque se atribuya al sujeto la comisión de dos o más tipos penales (delincuencia organizada y otro u otros), la conducta es sancionada doblemente en lo relativo a ponerse de acuerdo (organizarse) para cometer los ilícitos; por lo tanto, insistimos en que esa forma de organizarse debería ser una agravante y no un tipo penal autónomo en el cual se anticipe la punibilidad a cualquier resultado dañoso o, en su caso, se sancione doblemente la misma conducta, con vulneración del principio *non bis in idem*.

En situaciones como esta, surge la interrogante de si con este tipo de disposiciones puede combatirse eficazmente a la delincuencia organizada. Creemos que la respuesta es negativa. Puede ocurrir, por ejemplo, que tres o más personas se organicen para cometer reiteradamente alguno de los delitos



señalados y que, sin embargo, por no tener recursos o la preparación para ello, jamás cometan algún delito o solamente logren concretar alguno en forma aislada. ¿Esta es la delincuencia organizada que tanto afecta al mundo y que se quiere combatir? ¿Son estos los grupos de delincuentes que han transformado los hogares en lugares rodeados de rejas? No decimos que sea la regla, pues para saberlo se requiere un análisis de la realidad en que se desenvuelve la delincuencia; sin embargo, a nivel de disposición jurídica, tal parece que falta precisión para que lo que se sancione con gravedad sea efectivamente la actividad criminal organizada que actúa en forma permanente o reiterada y que constituye un verdadero riesgo para la sociedad. Lo contrario puede implicar que se actualice una de las características del derecho penal del enemigo, es decir, transitar de la legislación jurídico-penal a la legislación de la lucha.

Como se advierte, hemos encontrado que algunas de las disposiciones contenidas en la LFDO tienen semejanza con las características del derecho penal del enemigo y que se ubican no solo en la parte sustantiva de la reglamentación sino, más aún, en el aspecto procesal debido sobre todo a la amplitud de las resoluciones adjetivas que la ley considera. En estas medidas del arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, la actividad de los agentes encubiertos, la presunción de culpabilidad, entre otras, se hace patente la coacción contra los sujetos que son diferenciados por el hecho de considerarse miembros de la delincuencia organizada.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> El propio Jakobs reconoce esta situación y reflexiona sobre lo que denomina el “proceso penal del enemigo”, cuya reglamentación más extrema, dice, se enfoca a la eliminación de riesgos terroristas a través de lo que señala que puede denominarse un procedimiento de guerra. Cfr. Günther Jakobs, *op. cit.*, pp. 45-47.

## Nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada; derivación de una problemática global

La relativización de las garantías, la negociación del derecho penal y, en fin, todos estos aspectos ya reseñados no son casuales y, podemos concluir, tampoco emergentes. Por el contrario, son una consecuencia de la problemática global que se enfrenta con la delincuencia organizada.

Ésta, como fenómeno que preocupa a todos, no solo vulnera la tranquilidad de los individuos y de la sociedad en general, sino también algunos conceptos y principios aplicables en el ámbito del derecho penal. Así, el principio de presunción de inocencia, la prohibición de la doble incriminación, la territorialidad de la ley, entre otros, se han visto afectados por las medidas legislativas y operativas que se han tomado para tratar de combatir este problema; sobre todo cuando se presenta en forma generalizada e incluso global, ya que “paralelo a los procesos de globalización corre también el fenómeno de la internacionalización del delito, sobre todo del crimen organizado, así como el de la internacionalización de la política criminal, que sobre el particular se va generando”.<sup>31</sup> En este contexto se presentan algunas nuevas reglas del derecho penal posmoderno transnacional o principios, como los denomina Augusto Sánchez Sandoval,<sup>32</sup> los cuales no son privativos del ámbito internacional sino también de la legislación nacional.

---

<sup>31</sup> Moisés Moreno Hernández, “Implicaciones dogmáticas del proceso de globalización e internacionalización de la política criminal y del derecho penal”, en Moisés Moreno Hernández (coord.), *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, p. 382.

<sup>32</sup> Augusto Sánchez Sandoval, “La política criminal trasnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los estados”, en Augusto Sánchez Sandoval (coord.), *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las políticas trasnacionales de seguridad*, pp. 1-11.

La problemática más grave en cuanto a la actuación de los estados-nación en las acciones contra la delincuencia organizada se traduce, sobre todo, en los ámbitos de legalidad y de legitimación. Como hemos comentado, para la aplicación de las disposiciones jurídicas existentes como la LFDO o algunos instrumentos internacionales existen múltiples lagunas e inconsistencias que afectan la legalidad y la legitimación de dichas acciones. No obstante, se debe poner en la balanza esta problemática y como contrapeso la necesidad de frenar a las organizaciones delincuenciales.

Para Jesús-María Silva Sánchez,

Sea como fuere, lo cierto es que la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), la criminalidad de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo-salud e intereses económicos), la corrupción político-administrativa o el abuso del poder, e incluso la violencia conyugal del denominado “tirano doméstico” y el acoso sexual, aparecen en primer plano de la discusión social sobre lo delictivo. Y la nueva política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al derecho penal, que ahora la acogen en tanto que reacción contra la criminalidad de los poderosos.<sup>33</sup>

Lo que resulta indudable es que principios que tradicionalmente rigen el derecho penal son vulnerados en algunos casos como ocurre, por ejemplo, respecto a la presunción de inocencia, la carga de la prueba atribuida al órgano acusador o la aplicación territorial de la ley. Por el contrario, nuevas disposiciones surgen como medida de control contra la delincuencia,

---

<sup>33</sup> Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 56.

por ejemplo, la infiltración de agentes, la incriminación por sospecha, etc. Como resultado de estas normas, sobre todo en el contexto internacional e incluso global, se limitan muchas veces los derechos humanos y las garantías constitucionales de los individuos, lo cual es preocupante e inaceptable. Como dice Eugenio Raúl Zaffaroni,

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco, etc.<sup>34</sup>

A pesar de que la vulneración a los derechos y la disminución de garantías nos parece inaceptable, podemos entender la gravedad del problema, que no solo es nacional, y el afán de los legisladores para proporcionar los mecanismos jurídicos necesarios para combatirlo, ya que la delincuencia organizada se ha fortalecido a tal grado que “El Estado-nación parece, en efecto, cada vez menos capacitado para controlar la globa-

---

<sup>34</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 23-24.

lización de la economía, de los flujos de información, de los medios de comunicación y de las redes criminales”.<sup>35</sup> De ahí la importancia de comprender las normas legales que se aplican en materia del crimen organizado y, sobre todo, de reflexionar en qué forma se están pretendiendo regular y sancionar las conductas aun con la idea de que todos somos inocentes hasta que no se demuestre lo contrario o, en sentido inverso, considerando culpable a alguien hasta que no demuestre su inocencia, respetando su intimidad, su derecho a estar informado, etc., o invadiendo sin previo juicio estas esferas de su existencia.

El problema que representa la delincuencia organizada y la respuesta legislativa, de política criminal y de la propia sociedad civil, están en constante transformación, más aún cuando no es una cuestión que deba atenderse solo dentro de las fronteras nacionales sino que compete y afecta a todos, en cualquier lugar del planeta e, inclusive, en ese espacio y tiempo relativos que en el contexto global nos atañen sin distinción de nacionalidad, raza, ideología política o situación económica, entre otros.

Decir si esto es un problema nacional, internacional o global pudiera ser, al final, intrascendente, ya que a pesar de que ese proceso continuo e inacabado que se denomina globalización<sup>36</sup> —del cual hemos comentado algunas de sus características—, a pesar de no estar adecuadamente definido y mucho menos delimitado y ser confuso en cuanto a su alcance, está presente en la vida cotidiana, en la de los estados-nación, en la de las relaciones contractuales, en la actuación de la delincuencia y, en fin, en las actividades de quienes defienden este proceso, pero también en la de quienes se oponen a él y que a través

---

<sup>35</sup> Rafael Márquez Piñero, “Non bis in idem”, *Diccionario jurídico mexicano*, p. xxvii.

<sup>36</sup> Cfr. infra, capítulo I.

de los medios que utilizan para su protesta van conformando una “globalización de la protesta”.<sup>37</sup> Por ello se debe asumir el contexto en que los fenómenos de la delincuencia organizada se presentan, que no son todos globales pero que están inmersos en esta dinámica social, tecnológica, económica, etc., y por lo tanto la respuesta que se dé a esta problemática debe considerar dicho entorno si aspira a lograr la eficacia y la eficiencia que requiere, más aún cuando en la vida cotidiana se detecta lo que algunos autores han denominado la “sociedad de riesgo” y que, según Mendoza Buergo, se caracteriza por

... la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son “artificiales” en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste. Tales riesgos, además, no solo son de una magnitud creciente frente a los peligros naturales, sino que son de grandes dimensiones, es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal.<sup>38</sup>

Existe, además, en la sociedad de riesgo, complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, entre otras cosas por la sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter colectivo. Asimismo, se advierte una creciente sensación de inseguridad subjetiva que puede darse independientemente de la existencia de peligros reales. Igualmente, se señala que “una sociedad de riesgo si por algo se caracteriza es

---

<sup>37</sup> Este término lo utiliza Ulrich Beck al referirse a que la resistencia contra la globalización la acelera y legitima. Cfr. Ulrich Beck, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, p. 375.

<sup>38</sup> Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, pp. 26-27.

por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar sensaciones o impresiones de seguridad”.<sup>39</sup>

No podemos pasar inadvertido que algunas o quizá todas esas características de la llamada sociedad de riesgo están vigentes en nuestro país; no obstante, si bien en México se cuenta con la LFDO, se trata de una legislación estrictamente nacional en el sentido no de ser un ordenamiento federal sino de ni siquiera hacer referencia a este fenómeno en un contexto más allá de las fronteras nacionales, es decir, pasando por alto la complejidad de la delincuencia organizada cuando concurren conductas que se llevan a cabo en cualquiera de sus fases (planeación, ejecución, efectos, etc.) no solo en territorio nacional sino también en otro u otros países, incluso simultáneamente, lo cual “es así, porque en el mundo globalizado los estados nacionales pierden la capacidad para dar una protección adecuada a los derechos humanos, ya no son suficientes las jurisdicciones nacionales ni los instrumentos jurídicos que las apuntalan para la protección de los derechos individuales”.<sup>40</sup> Todo esto incrementa los riesgos que la sociedad tiene o siente frente a la complejidad que la vida cotidiana representa en la actualidad.

En eventos como los del 11 de septiembre de 2001 se advierte la vulnerabilidad que los Estados y la sociedad civil tienen frente al poderío de la delincuencia llámese terrorismo o cualquiera otra de las manifestaciones del crimen organizado,<sup>41</sup> y, a la vez, nos percatamos de que “la globaliza-

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>40</sup> Rebeca Elizabeth Contreras López, *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la Corte Penal Internacional)*, p. 30.

<sup>41</sup> Respecto a la distinción entre delincuencia organizada y terrorismo, dice Edgardo Buscaglia: “Los grupos criminales organizados buscan obtener (directa o indirectamente) un beneficio económico u otro beneficio de orden material. La finalidad política no es importante. En los grupos terroristas, al contrario, la finalidad es de una política desviada por razones político-

ción también ha beneficiado la capacidad de acción de los grupos terroristas, ahora también transnacionales, por lo que la amenaza que estas organizaciones han impuesto en las sociedades y al mundo en general requieren una solución transnacional para un problema transnacional”.<sup>42</sup>

### Prospectiva

Cuando un fenómeno o proceso nos rebasa como sociedad organizada e, inclusive, cuando el estado-nación aparece como incapaz de hacerle frente, tal como ocurre con la globalización, se corre el riesgo de actuar por la emergencia de regular y controlar las manifestaciones de tal evento sin considerar que los actores principales seguimos siendo los seres humanos, olvidando muchas veces que el reconocimiento de los derechos humanos ha cobrado un precio muy alto para establecerse dentro de los diversos ordenamientos jurídicos y que el respeto a los derechos subjetivos públicos no puede ni debe hacerse a un lado.

Esta situación se advierte como un problema cuando nos referimos a la delincuencia organizada en el contexto global, ya que no

---

ideológicas o religiosas. Sin embargo un grupo terrorista puede realizar delitos para conseguir beneficios de orden material”. Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, p. 122. Asimismo, Rebeca Contreras señala, refiriéndose a diversas vertientes del terrorismo, que puede ser considerado como crimen de guerra, crimen interno o crimen contra la humanidad, pero que: “Una u otra forma de terrorismo atacan los mismos bienes jurídicos aunque cambia la finalidad. El problema más grave es que se trata de una manifestación de la delincuencia organizada, diseminada internacionalmente en redes criminales en las que se involucran diversos ilícitos como son: narcotráfico, blanqueo de capitales, delitos comunes y el propio terrorismo, lo que hace sumamente difícil su represión y más aún su prevención”. Rebeca Elizabeth Contreras López, *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 117.



solo es urgente sino de una importancia indiscutible hacer frente a este fenómeno que atenta contra la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad individual y colectiva, etc., pues, inclusive,

Con los actos terroristas en Nueva York y Washington del 11 de septiembre de 2001 hay más evidencia de que la amenaza de la delincuencia transnacional no está confinada a las áreas convencionales como los mercados meramente generadores de utilidades del tráfico de personas y de drogas, de fraude grave y otros delitos económicos, sino que la delincuencia transnacional ya incluye atentados organizados y violentos a gran escala para desestabilizar regiones enteras, en su esfuerzo por instituir un sistema político y social contrario a los valores básicos establecidos en los tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos.<sup>43</sup>

No obstante, aun cuando hablamos de delincuentes que se organizan para delinquir y para trascender con su actividad ilícita las fronteras nacionales, deben señalarse límites para la actuación de la autoridad y para las acciones reales y jurídicas que se establecen con el propósito de combatir este tipo de delincuencia. El derecho no puede perder el sustento de respeto a los individuos y los gobernantes deben asumir que en el contexto global esa es su principal limitación.

La problemática más grave en cuanto a la actuación de los estados-nación contra la delincuencia organizada se traduce sobre todo en los ámbitos de legalidad y de legitimación. Como hemos comentado, para la aplicación de las disposiciones jurídicas existentes, como por ejemplo la LFDO o algunos instru-

---

<sup>43</sup> Albrecht Hans-Jörg, “La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (Una introducción)”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.), *Delincuencia organizada*, p. 274.

mentos internacionales ya reseñados, existen múltiples lagunas e inconsistencias que afectan la legalidad y la legitimación de dichas acciones. No obstante, se debe poner en la balanza esta problemática y como contrapeso la necesidad de frenar a las organizaciones delincuenciales.

El camino hacia un marco jurídico eficaz para combatir la criminalidad que nos ocupa en el contexto global está lejos de concluir. La discusión en cuanto a si se vulnera o no la soberanía ha restado tiempo y fortaleza a la ineludible tarea de establecer una normatividad que regule las hipótesis en que se presenta la delincuencia organizada, el procedimiento a seguir para la persecución y la sanción de sus actividades y, lo no menos importante, el señalamiento de las garantías que deben respetarse a los involucrados en estos procesos.

Por lo pronto, se tendrá que seguir actuando con el discutible sustento jurídico que existe para hacer frente al crimen organizado y considerar, como señala Ignacio Carrillo Prieto, que “... el intérprete jurídico [...] está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que, en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo”.<sup>44</sup>

Otro aspecto que influye y que continuará haciéndolo en la lucha contra la delincuencia organizada es la percepción que la sociedad tiene respecto a este problema. El impacto del manejo de la información es, inclusive, más dañino, al menos en la vida cotidiana de los individuos, ya que sentimos su amenaza latente cada vez más en todos los ámbitos de nuestra existencia que genera, incluso, cambios en la actuación de las personas.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Ignacio Carrillo Prieto, “Algunas tendencias actuales en la teoría del derecho”, en José Luis Soberanes Fernández (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, p. 80.

<sup>45</sup> Sobre la percepción de la delincuencia por parte de la sociedad, véase Jorge Alcocer V. y José Luis Vázquez Alfaro, “El impacto social de la percep-

Además,

... es bueno recordar que la ley por sí misma no cambia la realidad y que su observancia depende en buena medida de que los ciudadanos vean su aplicación en la vida diaria; para decirlo en palabras sencillas, cuando el ciudadano tiene la certeza de que en la sociedad donde vive ‘el que la hace la paga’ evita cometer delitos y de nada sirve reformar continuamente el Código Penal para aumentar las penas si en la práctica predomina la impunidad.<sup>46</sup>

Se debe asumir la importancia de que el Estado no solo sea represor de conductas sino, básicamente, que desarrolle una cultura de la prevención, sin quitarle responsabilidad a la sociedad para que participe en las medidas de educación, información, denuncia y demás aspectos que se involucran en el tema de la delincuencia, más aún de la organizada. Una prioridad es combatir las causas del crimen y no solo sus efectos. Esto con el reto agregado de no desvirtuar el estado de derecho, de respetar los derechos fundamentales de los gobernados y, entre otros aspectos, de abatir la corrupción para no tener al enemigo encubierto, aparentemente del lado del poder público.<sup>47</sup>

---

ción de la delincuencia en México”, en Pedro José Peñaloza (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, pp. 17-30.

<sup>46</sup> Enrique Díaz Aranda, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, p. 46.

<sup>47</sup> Respecto al papel del Estado y de la ciudadanía en la seguridad pública, véase Rafael Macedo de la Concha, “El futuro de la seguridad pública en México”, en Pedro José Peñaloza (coord.), *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, pp. 377-389.



## REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que no se haga referencia a la situación fáctica de este problema sino solo al ámbito normativo, llegar a conclusiones en un tema tan complejo como la delincuencia organizada representa un reto tan fundamental como tratar de precisar algunas de sus características básicas.

El análisis abordado permite señalar algunos argumentos como reflexión final más que como una conclusión, ya que en un tema que se transforma cotidianamente no se puede establecer un término como si se pudiera cerrar con ello la discusión.

La globalización es un proceso caracterizado pero no definido. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el fenómeno, que está presente en todos los ámbitos de la vida individual y social y que rompe fronteras y relativiza el espacio y el tiempo en las relaciones sociales y en la vida cotidiana de la humanidad.

El crimen organizado es un fenómeno que ha rebasado fronteras y que representa un problema no solo nacional o de derecho interno, sino internacional e, incluso, global.

La *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO) ya no debe ni puede ser considerada una legislación de excepción, toda vez que los hechos a los cuales se aplica son prácticamente cotidianos, por lo cual es importante darle la coherencia y la pertinencia que requiere una ley general de aplicación continua.

Un antecedente importante en el surgimiento de la LFDO es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que antecedió a la ley federal en la materia en México y contiene algunas reglas que fueron insertadas en nuestro ordenamiento.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional contiene disposiciones que derivan en recomendaciones primordiales a los Estados parte para que incluyan en su derecho interno reglas eficaces –o al menos eso se pretende– para la regulación de la delincuencia organizada. La LFDO responde a esos lineamientos por lo que uno y otro se complementan.

El objeto del ordenamiento federal, según el artículo 1, se refiere a establecer reglas para la investigación, la persecución, el procesamiento, la sanción y la ejecución de las penas, lo cual es incongruente con la hipótesis señalada en el artículo 2, ya que en el primero se hace referencia a estas actividades por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada y en el segundo se alude a la organización misma sin necesidad de que se cometan delitos por parte de quienes se agrupan, hipótesis esta última que parece no caber en la descripción del objeto de la LFDO.

En ésta se advierten reglas que relativizan las garantías de los gobernados y que afectan la esfera de derechos de quienes son señalados de pertenecer al crimen organizado. Afectación que no solo se advierte en contra de quien es condenado por ese tipo de delincuencia sino, inclusive, contra quien se presume que pertenece a ella.

La tipificación de la delincuencia organizada en la ley federal en la materia implica una doble incriminación y vulnera el principio de *non bis in idem*. Además, es un delito de peligro abstracto donde se anticipa la punibilidad a la afectación de bienes jurídicos.

En la LFDO no se puede hablar de nuevos principios del derecho penal sino solo de nuevas reglas, sobre todo de carácter procesal.

Asimismo, se establecen disposiciones que implican la presunción de culpabilidad y no de inocencia, la vulneración de

la intimidad no solo de quien está sujeto a investigación sino también de otras personas, igual, la afectación a la libertad personal.

Con la negociación del derecho penal a través de la protección a testigos o colaboradores o el otorgamiento de una recompensa, que se incluyen en la citada ley, se vulneran los derechos de las víctimas además de que en ciertos aspectos se desvirtúa la autoridad estatal y se muestra una vez más la incapacidad del Estado para combatir el problema de la delincuencia organizada.

En la LFDO se advierte también una tendencia hacia lo que se ha denominado derecho penal del enemigo, ya que a pesar de que se incluyen requisitos para la investigación, la persecución y la sanción del crimen organizado, encontramos nuevas reglas que si no eliminan sí relativizan las garantías que la *Constitución* establece para los sujetos sometidos a una investigación o proceso penal, a pesar de que el propio texto constitucional establece excepciones tratándose de este tipo de criminalidad, pero sin autorizar que se llegue al extremo de, por ejemplo, presumir la culpabilidad de un sujeto.

La única justificación que pudiera encontrarse para esta relativización de garantías y la tendencia hacia el derecho penal del enemigo es básicamente utilitaria, es decir, solo con el argumento de la defensa de la sociedad y la eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada; sin embargo, sostenemos que esto no es suficiente para disminuir las garantías de los sujetos puesto que esto se advierte no solo respecto de quienes son declarados responsables sino también de quienes solamente se encuentran bajo sospecha y, peor aún, se vulneran garantías de terceras personas ajenas a la investigación, como cuando hay intervención de comunicaciones privadas o se recurre a los agentes encubiertos, e inclusive de las propias víctimas, como en el caso de la negociación en la aplicación del derecho penal.

Las nuevas reglas que se aplican a la delincuencia organizada no solo derivan de la realidad que vive el país sino también de su inserción en el ámbito global. La LFDO ni siquiera hace referencia a ese contexto mundial.

Las medidas que se han tomado contra ese tipo de delincuencia en México y específicamente contra el narcotráfico, tales como la militarización, que ha crecido cada vez más, en el discurso han tenido como sustento la argumentación de que tales conductas constituyen una amenaza a la seguridad nacional; sin embargo, si se analiza el concepto y el alcance que establece al respecto la *Ley de Seguridad Nacional*, se advierte que no encuadran los delitos resultado de la delincuencia organizada en las diversas hipótesis que señala dicha ley; por ello, queda la reflexión en cuanto a la falta de legitimación (al menos formal) para llevar a cabo algunas de las acciones que ahora son cotidianas en nuestro país.

Finalmente, es necesario precisar que este trabajo no pretende, de ninguna manera, ser un discurso de defensa de los integrantes de la delincuencia organizada o de los narcotraficantes, sino un elemento de reflexión y discusión sobre el choque entre las disposiciones legales y el estado de derecho por cuanto hace a esas graves conductas. No obstante, el Estado no puede seguir siendo solo represor de conductas, sino que debe generar una cultura de la prevención compartiendo responsabilidades con la sociedad en aspectos como la educación, la información o la denuncia; solo así se podrán combatir las causas del crimen y no únicamente sus efectos. Un imperativo de orden legal: no por la gravedad del problema que representa la delincuencia organizada se puede justificar la vulneración del estado de derecho ni de las garantías de los gobernados.



## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*. UNAM-Senado de la República-LVI Legislatura, México, 1996.
- ARNAUD, André-Jean. *Entre modernidad y globalización*. Universidad Externado de Colombia, Sigma, Bogotá, 2000.
- ASTORGA, Luis. *Seguridad, traficantes y militares. El poder y la sombra*. Tusquets, México, 2007.
- BECK, Ulrich. *Poder y contra-poder en la era global. La nueva economía política mundial*. Trad. de R. S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.
- BRENA SESMA, Ingrid y Luis T. Díaz Müller (coords.). *Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*. Serie Estudios Jurídicos, núm. 71, UNAM, México, 2004.
- BRUCET ANAYA, Luis Alonso. *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*. Porrúa, México, 2001.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 30a. ed., Porrúa, México, 1998.
- BUSCAGLIA, Edgardo y Samuel González Ruiz (coords.). *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *El principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*. Porrúa, México, 2005.
- CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa. *Análisis de los argumentos justificativos de la prisión dentro del discurso punitivo*. Universidad de Xalapa, Xalapa, Veracruz, México, 2003.

- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth. *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la Corte Penal Internacional)*. Arana Editores y Universidad de Xalapa, Xalapa, Veracruz, México, 2004.
- DELGADO, Joaquín. *La criminalidad organizada (Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*. José María Bosch, Barcelona, 2001.
- Diario Oficial de la Federación*. México, DF, 7 de noviembre de 1996.
- . México, DF, 30 de abril de 1997.
- . México, DF, 18 de junio de 2008.
- . México, DF, 23 de enero de 2009.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*. 2a. ed., Porrúa-UNAM, México, 2004.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código federal de procedimientos penales comentado*. 7a. ed., Porrúa, México, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Trotta, 2001.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. COLEX, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. *La lucha contra el delito. Reflexiones y propuestas*. Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.
- . *Política criminológica mexicana*. 2a. ed., Porrúa, México, 2000.
- GONZÁLEZ, Samuel *et al.* *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*. 2a. ed., Doctrina jurídica contemporánea, Fontamara, México, 2006.

- GUILLOCHON, Bernard. *La globalización. ¿Un futuro para todos?*  
Trad. de Gloria Roset Arissó, El mundo contemporáneo,  
Larousse, España, 2003.
- IANNI, Octavio. *La sociedad global*. 3a. ed., trad. de Leonardo  
Herrera González, Siglo XXI editores, 2002 [1a. ed., 1998].
- JAKOBS, Günther. *Moderna dogmática penal. Estudios compila-  
dos*. Porrúa, México, 2002.
- JAKOBS, Günther y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del ene-  
migo*. Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
- KAPLAN, Marcos. *Estado y globalización*. IIJ-UNAM, México, 2002.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho penal y globalización*. Porrúa,  
México, 2001.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del  
riesgo*. Civitas, Madrid, 2001.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel. *Derecho penal y crimen organizado.  
Crisis de la seguridad*. Porrúa, México, 2008.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Retos del sistema procesal penal en  
México. Algunas propuestas para la transformación del sis-  
tema de justicia penal*. Inacipe, México, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del ene-  
migo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- OVALLE FAVELA, José. *Garantías constitucionales del proceso*. 2a.  
ed., Oxford University Press, México, 2002.
- PASCHOAL ROSSETTI, José. *Introducción a la economía*. 18a. ed.,  
trad. de Mercedes Pimienta Pérez, Oxford University Press,  
México, 2002.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional  
ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004.
- SALAZAR, Ana María. *Seguridad nacional hoy. El reto de las  
democracias*. Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, México, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal.  
Aspectos de la política criminal en las sociedades postindus-  
triales*. 2a. ed., Civitas, Madrid, 2001.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del juicio de amparo*. 2a. ed., Themis, México, 1994.
- VILLAGRASA, Jesús. *Globalización. ¿Un mundo mejor?* Trillas, México, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

### Artículos

- AGUIRRE MORENO, Judith. “La globalización del crimen. Mafias y pandillas”, *Letras Jurídicas*. Año 5, núm. 10 (jul-dic), pp. 131-147, IIJ-UV, Xalapa, Veracruz, México, 2004.
- ALCOCER V., Jorge y José Luis Vázquez Alfaro. “El impacto social de la percepción de la delincuencia en México”, en Pedro José Peñaloza (coord.). *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. Porrúa, México, 2005, pp. 17-30.
- ARONOFF, Mark *et al.* “Experiencia en aplicación de técnicas especiales de investigación. (Comparativo internacional de datos empíricos obtenidos en Latinoamérica y otros países de la Europa Central y del Este)”, en Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, pp. 341-348.
- BARBERO SANTOS, Marino. “Presentación”, en *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 1999, pp. 6-7.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley

- penal en el espacio”, en *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 1999, pp. 17-53.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio. “Algunas tendencias actuales en la teoría del derecho”, en José Luis Soberanes Fernández (comp.). *Tendencias actuales del derecho*. 2a. ed., UNAM-FCE, México, 2001, pp. 78-86.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth. “¿Existe un derecho penal del enemigo?”, *Letras Jurídicas*. Año 4, núm. 8 (jul-dic), pp. 167-179, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2003.
- CRUZ GÓMEZ, María Concepción. “Instrumentos de investigación penal”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 19-35.
- DAGDUG KALIF, Alfredo. “Hacia una modernización del sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Inter. Criminis*. Revista de Ciencias Penales, tercera época, núm. 3 (ene-feb), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006, pp. 13-39.
- FARALDO CABANA, Patricia. “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en José Ángel Bradariz García y Luz María Puente Aba (coords.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Universidad de la Coruña, Valencia, 2004, pp. 299-340.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Miguel Carbonell Sánchez y Pedro Salazar Ugarte, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. IIJ-UNAM-Trotta, México, 2005, pp. 21-39.

- GODSON, Roy. “El nexa político-criminal y la seguridad global”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 37-69.
- GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra. “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 37-69.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel y Edgardo Buscaglia. “Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 81-113.
- GUTIÉRREZ, Alejandro. “El reino del narco”, *Proceso*. Núm. 1482, pp. 6-10, México, 27 de marzo de 2005.
- HANS-JÖRG, Albrecht. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (Una introducción)”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 273-294.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. “Técnicas de investigación en delincuencia organizada”, *Inter. Criminis*. Revista de Ciencias Penales, tercera época, núm. 1 (ago-sep), pp. 107-123, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- KINSING, Jörg y Anna Luczak. “El manejo del crimen organizado en la Unión Europea y Alemania (comprensión y respuesta a una presunta amenaza)”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 157-176.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. “Globalización y transición del Estado nacional”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez. *Estado*

- constitucional y globalización*. Porrúa, México, 2001, pp. 269-313.
- MACEDO DE LA CONCHA, Rafael. “El futuro de la seguridad pública en México”, en Pedro José Peñaloza (coord.). *Seguridad pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. Porrúa, México, 2005, pp. 377-389.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. “Non bis in idem”, *Diccionario jurídico mexicano*. 7a. ed., IJ-UNAM-Porrúa, México, 1994, pp. 2201-2202.
- MASSARI, Mónica. “Globalización y criminalidad: una mirada a Europa”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 197-221.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Implicaciones dogmáticas del proceso de globalización e internacionalización de la política criminal y del derecho penal”, en Moisés Moreno Hernández (coord.). *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*. Ius Poenale, Cepolcrim, México, 2003, pp. 369-397.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. “La política criminal trasnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados”, en Augusto Sánchez Sandoval (coord.). *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las políticas trasnacionales de seguridad*. Posgrado en Derecho, UNAM, México, 2003, pp. 1-11.
- SANTIAGO VASCONCELOS, José Luis. “Aplicación de la Convención de Palermo”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 223-235.
- \_\_\_\_\_. “Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales)”, en Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coords.). *Reflexiones*

en torno a la delincuencia organizada. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, pp. 251-292.

SHELLEY, Louise I. “Crimen organizado, terrorismo y cibercrimen”, en Rafael Macedo de la Concha (coord.). *Delincuencia organizada*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003 [1a. reimp. 2004], pp. 237-253.

### Fuentes electrónicas

*Análisis del Derecho Penal Peruano-Monografías, Com*, en monografias.com/trabajos25/derecho-penal-peru/derecho-penal-peru.shtml, consultado el 20 de julio de 2006.

<http://www.imagen.com.mx/nota.php?.id=9060>, consultado el 1 de enero de 2006.

QUINTERO, María Eloísa. “Extinción de dominio y reforma constitucional”, consultado en [http://www.reforma.penal.inacipe.gob.mx/pdf/Número6\(4epoca\)06QuinteroSP.pdf](http://www.reforma.penal.inacipe.gob.mx/pdf/Número6(4epoca)06QuinteroSP.pdf)

REIZABAL, Zigor e Iker Sarriegi. *El derecho del enemigo*, en [gara.euskalherria.com/idatzia/20061119/art189640.php](http://gara.euskalherria.com/idatzia/20061119/art189640.php)

### Legislación

*Código Penal Federal*.

*Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz*, Xalapa, Veracruz, 2004.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Viena, 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000.



- Convención Interamericana contra el Terrorismo. Barbados, 6 de marzo de 2002.
- Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos de Personas Internacionalmente Protegidas. Nueva York, 1973.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. Nueva York, 1997.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Nueva York, 1999.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1988.
- Ley de Seguridad Nacional*. México, 2005 (y sus reformas).
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. México, 1996 (y sus reformas).
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, dictamen en el Senado. 19 de noviembre de 2002.

### Tesis y jurisprudencia

- Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. x (noviembre), jurisprudencia, penal, Primera Sala, 1999, tesis: 1a./J. 78/99, p. 55.
- Arraigo penal. El artículo 122 Bis del *Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua* que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la *Constitución Federal*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XXIII (febrero), tesis aislada, pleno, 2006, p. 1170.
- Delincuencia organizada. Para que sea procedente la impugnación en amparo, de los artículos 14 y 34 de la Ley Federal de la materia, es necesario que hayan sido aplicados en perjuicio de la parte inculpada, lo cual solo ocurre si el minis-

- terio público, antes del ejercicio de la acción penal, le oculta la identidad de los testigos que declararon en su contra. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XVI (julio), tesis aislada, pleno, 2002, p. 11.
- Inculcado. Le corresponde la carga de la prueba cuando la presunción de inocencia que en principio opera en su favor, aparece desvirtuada en la causa penal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XXII (julio), jurisprudencia, Tribunales Colegiados de Circuito, 2005, p. 1105.
- Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la *Constitución Federal*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XVI (agosto), tesis aislada, pleno, 2002, p. 14.
- Prueba, carga de la, en materia penal, *Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, t. IX (enero), Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, p. 220.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*. Mesas redondas (abr-may), 2008, 638 pp.
- Testigo protegido. Su naturaleza no contraría lo dispuesto en el artículo 289, fracción v, del *Código Federal de Procedimientos Penales*, por cuanto a que el soborno le determine a declarar contra otros miembros de la delincuencia, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XX (septiembre), tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, 2004, p. 1886.

# ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	9
<b>I. Globalización y delincuencia organizada</b> .....	13
Características de la globalización .....	14
Concepto de globalización .....	16
¿Fenómeno solo económico o general? .....	17
Su influencia en el contexto del derecho .....	22
Algunas consecuencias de la globalización en el derecho penal .....	25
Influencia de la globalización en la delincuencia organizada .....	26
El poder de la delincuencia organizada .....	33
La tradición de las mafias y la delincuencia organizada ...	35
Poder y prestigio de los actores de la delincuencia organizada .....	39
Derecho penal contra delincuencia organizada .....	43
<b>II. Instrumentos internacionales     contra la delincuencia organizada</b> .....	49
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas ...	50
Lineamientos generales .....	52
Delitos y sanciones .....	54
Aspectos procesales .....	56
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional .....	57
Objetivo de la CNUDOT .....	59
Conceptos generales y tipificación de conductas .....	60
Disposiciones procesales de la CNUDOT .....	63

Medidas de cooperación internacional para procurar el cumplimiento de la CNUDOT y el combate a la delincuencia organizada . . . . .	68
Disposiciones administrativas de la Convención . . . . .	69
Otras disposiciones internacionales . . . . .	71
<b>III. Análisis de la Ley Federal contra la Delincuencia</b>	
<i>Organizada</i> . . . . .	73
Contexto del surgimiento de la LFDO . . . . .	74
Delimitación conceptual en el marco de la Ley <i>Federal contra la Delincuencia Organizada</i> . . . . .	81
Los delitos que se incluyen en la LFDO . . . . .	85
Tipificación de la delincuencia organizada ¿doble incriminación? . . . . .	87
Presunción de culpabilidad y no de inocencia . . . . .	104
Incriminación penal por solo sospecha . . . . .	109
Inversión de la carga probatoria . . . . .	115
¿Vulneración a la intimidad? . . . . .	123
Intervención de comunicaciones privadas . . . . .	124
Utilización de agentes infiltrados . . . . .	130
Afectación a la libertad personal . . . . .	136
Arraigo . . . . .	136
Incremento de las penas . . . . .	143
Acción penal y penas imprescriptibles . . . . .	151
Negativa de beneficios de ejecución . . . . .	152
Las garantías de las víctimas y la negociación del derecho penal en la LFDO . . . . .	154
Testigos protegidos y colaboradores . . . . .	155
La recompensa . . . . .	161
<b>IV. Nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada; una tendencia hacia el derecho penal del enemigo</b> . . . . .	165
Delimitación de las garantías constitucionales en materia penal . . . . .	167

Ruptura con el derecho penal de garantías, en la LFDO ..	172
Caracterización del derecho penal del enemigo .....	173
¿Existe un derecho penal del enemigo en las disposiciones contra la delincuencia organizada? .....	182
Nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada; derivación de una problemática global ...	202
Prospectiva .....	208
<b>Reflexión final</b> .....	213
<b>Bibliografía</b> .....	217
Artículos .....	220
Fuentes electrónicas .....	224
Legislación .....	224
Tesis y jurisprudencia .....	225

Siendo rector de la Universidad Veracruzana  
el doctor Raúl Arias Lovillo,

*Marco jurídico de la delincuencia organizada en México. Una reflexión en el contexto global*, de Miriam Elsa Contreras López, se terminó de imprimir en febrero de 2012, en Master Copy S. A. de C. V., av. Coyoacán núm. 1450, col. Del Valle, del. Benito Juárez, CP 03220, México, DF, tel. 55242383.

La edición, impresa en papel cultural de 75 g, consta de 500 ejemplares más sobrantes para reposición.

Se usaron tipos Century Schoolbook de 8:11, 9:12 y 10:14 puntos.

Formación: Víctor Hugo Ocaña Hernández.

Edición: Arturo Reyes Isidoro.