

PROCURACIÓN DE JUSTICIA Y REGULACIÓN PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *El “retorno” de un tema.* II. *Procuración de justicia y Ministerio Público. Una institución nacional y dinámica.* III. *Presencia y contexto de la delincuencia organizada.* IV. *De nuevo, el bebé de Rosemary.* V. *Constitución y ley: caminos separados.* VI. *Colofón: ¿ha comenzado la reforma del Estado?*

I. EL “RETORNO” DE UN TEMA

Nuestra experiencia se disciplina, finalmente, a la *ley del retorno*. Regresan los temas notables a intervalos largos o breves. En este caso, cada vez más breves. Hace poco más de diez años —1992—, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM fue escenario de una presentación y un debate sobre ciertas propuestas normativas destinadas a enfrentar la delincuencia organizada. Hoy reflexionamos nuevamente sobre esta materia. Lo hacemos con la ventaja de los dos lustros que han transcurrido desde esa aproximación inicial al tema. La experiencia recabada nos permite recordar lo que entonces dijimos, recuperar los temores expresados, medir el camino recorrido y advertir —con temor creciente, lo destaco— el futuro que nos aguarda.

En el conjunto de los temas propuestos para estas jornadas sobre procuración de justicia, la cuestión del crimen organizado tiene una entidad relativamente modesta. No va a la entraña de la procuración de justicia, ni informa en torno a los mayores temas del Ministerio Público contemporáneo, ni anima las propuestas que pudieran ilustrar acerca

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

del destino probable o deseable de esta pieza central en el sistema de la justicia. Pudiera decirse, en fin de cuentas, que es un asunto marginal en el temario de las jornadas. Sin embargo, la realidad nos pone en guardia con respecto al papel que este asunto juega hoy día en el ámbito de la procuración de justicia. Más todavía: esa realidad enseña, precisamente a partir de los datos de la delincuencia organizada y de las acciones empleadas para combatirla, cuál pudiera ser el futuro de la justicia penal, por encima de los buenos deseos o las sugerencias académicas. Y hablar del futuro de la justicia penal es aludir al mismo tiempo a la más delicada, intensa y peligrosa relación entre el poder del Estado y la libertad del ciudadano. Muchos que alguna vez lo olvidaron tuvieron oportunidad de recordarlo más tarde, a un altísimo precio.

Subrayo desde ahora y sin perjuicio del desarrollo que ensaye adelante, que la legislación acerca de la delincuencia organizada y muchas de las acciones emprendidas por el Estado al abrigo de esa normativa —o de una interpretación muy libre de ella— nos obligan a reflexionar sobre los peligros tan evidentes como graves que se ciernen sobre el régimen de la justicia penal, no sólo en México. No sobra recordar que ésta es una de las proyecciones más vivas y elocuentes del Estado: sea el Estado de derecho, sea su contrario, el sistema de arbitrio, el Estado de policía. Este es el riesgo que hoy corremos y que merece la atención de los estudiosos y de los ciudadanos. Al cabo de nuestro descuido pudiera aguardarnos el precipicio. Las disertaciones de aquéllos, que iluminan o amenizan el examen de las instituciones, podrían dirigirse alguna vez hacia ese destino perceptible. En este orden, la inseguridad pública funciona como el vértigo que seduce al visitante del abismo.

En el presente trabajo propondré, con la brevedad que imponen las circunstancias, algunas consideraciones acerca de los dos temas principales asignados a ese encuentro: Ministerio Público, por una parte, y crimen organizado, por la otra, enlazados por la tarea que aquella institución realiza para detener este mal de nuestro tiempo. Debo advertir que antes de ahora me he referido —y con frecuencia— a ambos temas, desde una perspectiva que no está de moda: ni en lo que toca al Ministerio Público, ni en lo que se refiere a la acción del Estado frente al crimen organizado.

II. PROCURACIÓN DE JUSTICIA Y MINISTERIO PÚBLICO. UNA INSTITUCIÓN NACIONAL Y DINÁMICA

Hay un contexto indispensable para estas cuestiones. En él figura, primero, la procuración de justicia. Evidentemente ni el Ministerio Público como institución, ni su actividad en los diversos órdenes del proceso agotan la procuración de justicia. Empero, solemos confundir —o fundir— aquél con ésta. En segundo término, hay que tomar en cuenta el desarrollo de la delincuencia —el actual capítulo en la *historia natural del crimen*—, que implica el deslinde, siempre relativo, entre delincuencia tradicional y delincuencia evolucionada, si se me permite el agravio para este calificativo, una de cuyas expresiones radica en el crimen organizado.

El crimen organizado atrae el interés del mundo entero, forma filas en el discurso político y social cotidiano, y ha movilizado fuerzas nacionales e internacionales. Son innumerables los congresos, tratados y programas que quieren desentrañar sus características y proponer las medidas para eliminarlo o, por lo menos, reducirlo. El auge de esta criminalidad nos ha traído la noticia de que hay una corriente oscura que se mueve con la misma diligencia, por lo menos, que las restantes expresiones de la mundialización. Aquí corren de la mano delincuencia y persecución. Lo que se diga sobre estos temas debe acoger las enseñanzas que provee el momento actual de la justicia penal, sometida al fuerte asedio de las corrientes autoritarias que pugnan con los procesos logrados —en las ideas, en el papel o en la práctica— por lo que hemos llamado al derecho penal democrático y garantismo penal.

Hablemos del Ministerio Público. No es infrecuente la tentación de *uniformar* la institución y proyectarla al futuro con la pretensión de que exista un solo modelo *ortodoxo* de Ministerio Público, al que todos se acomoden. En la reflexión sobre este asunto suelo recordar un texto de Ayarragaray, el antiguo tratadista argentino de nuestra materia:

participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes... Cuando en la historia surgen, merced a circunstancias diversas, necesidades y funciones nuevas, se crean los órganos necesarios para desempeñarlas. La aparición, desarrollo y consolidación del Ministerio Público se ajustaron a esta ley de biología histórica.

Tampoco en este campo existe una experiencia única, ni campea un pensamiento uniforme, ni existe alguna solución perfecta y solitaria. En otros términos: ni ha concluido la historia, ni se podría despojar al Ministerio Público de la historicidad o extraerlo de los factores de contingencia que determinan su existencia y desarrollo. Hay, pues, buenas referencias pero no paradigmas inexorables, ni en este ámbito, ni en otros muchos. Por eso cuando se pregunta por el Ministerio Público —con más optimismo que información— habría que responder con otra interrogante que relativiza el tema: ¿qué Ministerio Público? ¿cuándo y en dónde?

No omitiré decir que el Ministerio Público mexicano, frecuentemente cuestionado por lo que es y lo que tiene bajo este rasgo de nacionalidad, constituye un buen ejemplo de la historicidad o la relatividad a la que me estoy refiriendo. No iré más allá de reiterar que proviene de una suma de influencias e instituciones. Éstas hicieron un largo viaje desde sus lugares de origen: Francia, España, Estados Unidos, quizás la URSS, donde, por lo demás, tampoco han permanecido inmutables. Tuvo un significado de primer orden en el *sueño de justicia* que expuso el proyecto constitucional de 1916, desafecto al juez de instrucción —cuyo tránsito fue catastrófico: una lección que conviene tener presente— y esperanzado en el Ministerio Público. Esta fue, en otras palabras, la carta que jugó la justicia mexicana en el alba del siglo XX. Por supuesto, deberá revisar cómo la juega en el inicio del siglo XXI.

Desde luego, la historia del Ministerio Público no está agotada. En el futuro podría tener —como otras instituciones públicas, remozadas, actualizadas, renacidas— desarrollos relevantes en diversas líneas históricas, insuficiente o deficientemente recorridas, y en algunas más que pudieran resultar novedosas. ¿Por qué negar que aún podría merecer, aunque lo consiguiera en una sociedad y dentro de un Estado profundamente renovados, los buenos títulos que le auguró Portalis? El tratadista francés proporcionó, en efecto, un alborozado catálogo de virtudes republicanas: el Ministerio Público “da un órgano a la ley, un regulador a la jurisprudencia, un consolador apoyo a la debilidad oprimida, un formidable acusador a los malhechores, una salvaguarda al interés general, en fin, una suerte de representante al cuerpo entero de la sociedad”. He aquí un proyecto ambicioso. ¿Y no lo son otros que ahora mismo escuchamos, contruidos sobre tierra movediza?

1. *El Ministerio Público del futuro: raíz y circunstancia*

Es interesante reflexionar sobre algunas funciones del Ministerio Público del futuro prefiguradas en el pasado, con mayor o menor intensidad, y activas en el presente, también con mayor o menor calado. A esto me he referido, igualmente, en anteriores ocasiones. Mantengo la opinión de que el quehacer primordial del Ministerio Público es la *tutela de la juridicidad*.

Aquello quiere decir que el Ministerio Público, magistrado de la constitucionalidad y la legalidad, debe ser un instrumento poderoso del Estado de derecho. Por supuesto, no reduzco esa competencia al campo penal. Es obvio que en éste debe actuar con absoluto apego al derecho, como se suele decir. Pero ahora me refiero a otro gran conjunto de actividades: la actuación completa, sobre diversos escenarios, en favor del Estado de derecho. A esto tiende, no obstante su tradicional debilidad, el quehacer del Ministerio Público en el juicio de amparo, y a eso mismo sirve hoy día la misión del procurador en materia de acciones de inconstitucionalidad —que debieran denominarse, mejor, de constitucionalidad— y controversias constitucionales. Lo que sucede o puede suceder en el plano federal, puede acontecer también, con las variantes necesarias, en el plano local.

El Ministerio Público, esto es la institución en la que éste se deposita, debe mantener su función como promotor de la justicia a través de planes, programas, proyectos de reforma y otras medidas de *procuración general de justicia*. Asimismo, debiera asumir una función creciente en la protección de los derechos humanos —una vena por la que corre el imperio de la juridicidad—, que en mala hora declinó. En el Ministerio Público se hallaba el germen de un ombudsman *sui generis*, que permaneció en embrión y que en una hora oscura en la vida de esa institución fue arrumbado por los incontables atropellos que finalmente impulsaron —no hay mal que por bien no venga— el establecimiento de las comisiones de derechos humanos.

Se dice que el Ministerio Público es *representante de la sociedad*. Esta es su denominación más generalizada con antigüedad —recuérdese a Portalis— de dos siglos. ¿Se agota esa representación en la indagación de los delitos y el ejercicio de la acción penal? Ciertamente no. Y si ahí se agotara habría que canjear tan ambiciosa denominación por otra más modesta. La institución podría llegar muy lejos en la apertura

de vías para el acceso a la justicia, un tema crítico de nuestro tiempo, la tutela de los débiles —asumida, en sectores específicos, por procuradurías especializadas que ocuparon el sitio que no supo colmar el Ministerio Público—, y la gestión de los intereses difusos. Quizás existen todavía espacios para el desempeño de esta institución en algunas tareas de abogacía del Estado.

Con frecuencia se manifiesta que la función primordial del Ministerio Público reside en la persecución penal. Aunque no comparto este parecer, no puedo ignorar la trascendental función que compete al Ministerio Público en ese campo. El ingreso histórico de los antecesores del Ministerio Público a la investigación de los delitos fue saludado con un sentimiento de alivio. Montesquieu pudo recordar que en Roma se había conocido

un género de hombres funestos, una turba de infames delatores. Todos los ambiciosos de alma baja delataban a cualquiera, culpable o no, cuya condena pudiera ser grata al príncipe... Nosotros tenemos ahora una ley admirable, y es la que manda que el príncipe tenga en cada tribunal un funcionario que en su nombre persiga todos los crímenes; de suerte que la función de delatar es desconocida entre nosotros.

Por supuesto, el Ministerio Público puede y debe preservar y engrandecer esta función que le lleva, entre otros destinos, al combate contra el crimen organizado. Y espero que lo haga bajo su denominación moderna —una modernidad antigua, valga la paradoja, pero no arcaica— como Ministerio Público. Me atrae más esta designación de raíz francesa que la de fiscal conservada en España y que desde hace algunos años se utiliza en México con gran ligereza, perdiendo de vista que a diferencia de sus precedentes históricos, el actual Ministerio Público mexicano no interviene —como no sea de manera remota e indirecta— en la defensa de los intereses del fisco.

2. El Ministerio Público, órgano autónomo

Antes de abandonar este primer tema quiero referirme a una propuesta que desde hace tiempo se halla en la mesa de debate y que debiera ser materia de profundo examen. Aludo a la posición del Ministerio Público en la estructura del Estado. En México está enclavado en el marco del

Poder Ejecutivo. Ahí ha figurado desde la reforma constitucional de 1900. No obsta para ello que la designación del jefe de la institución, el procurador general de la República, sea hoy día el producto de un acto jurídico complejo en el que participan el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, a través del Senado de la República.

El derecho comparado informa sobre diversos emplazamientos de la institución: en el Poder Ejecutivo, en el Judicial, o fuera de ambos, con varias modalidades en las tres hipótesis. Consecuente con mi apreciación general sobre el Ministerio Público, creo que la decisión final debe tomarse a la luz de las circunstancias. En mi concepto, existen las condiciones para recomendar la instalación del Ministerio Público como un órgano autónomo del Estado. Esto le daría, a los ojos de la opinión pública —en el nivel general o estatal—, una imagen de independencia conveniente para el desempeño de la institución. No afirmo que ésta, encuadrada en el Ejecutivo, se supedite a las razones políticas o administrativas del *poderoso poder*. La verdadera independencia, que muchos funcionarios sostienen con denuedo y convicción, bajo vientos adversos o favorables, no proviene apenas de la ubicación del Ministerio Público en el mapa del Estado. Tiene raíz más profunda. Sin embargo, la plena autonomía orgánica —consecuente con la autonomía técnica— mejora la imagen de las instituciones de la justicia ante los ojos del pueblo.

Hasta hace algunos años no había órganos autónomos —al menos como existen ahora— en la estructura del Estado mexicano. No me refiero, claro está, a las universidades autónomas. Hoy tenemos puntos de referencia que abren el horizonte: Banco de México, Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos; pronto, tal vez, se agregará el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. No sugiero la proliferación de estos entes para satisfacer alguna nueva moda que quiera desembarcar en nuestras playas, animada por la emergencia reformista y el fervor autoral. Sin embargo, considero que la autonomía del Ministerio Público sería conveniente para la marcha de la justicia y para esa misma institución. Podría embarcar en la nave que atrae a tantos tripulantes: la reforma del Estado. Lo verdaderamente relevante no sería, por supuesto, este achaque de ingeniería estatal, sino el progreso que traiga para la causa de la justicia, trabajo de Hércules como el que más.

III. PRESENCIA Y CONTEXTO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Vayamos al otro tema propuesto: delincuencia organizada. En un examen más general del asunto habría que estudiar datos relevantes vinculados a una triple consideración. Primero, el tratamiento penal de la pluralidad activa: desde la simple coautoría hasta la compleja organización transnacional para delinquir. Segundo, la fenomenología criminológica. En este punto hay que tomar en cuenta el tratamiento de los delitos desarrollados o evolucionados —a cuya categoría corresponde, generalmente, la delincuencia organizada de mayor lesividad o peligrosidad—, como el terrorismo, la trata de personas y el narcotráfico en gran escala. Muchas de las soluciones generalmente aplicadas se ven influidas por los medios jurídicos y políticos adoptados para combatir el terrorismo y el narcotráfico. También conviene ponderar el movimiento de los delitos internacionales. Tercero, la aparición privilegiada de ciertos bienes jurídicos en el horizonte de la tutela penal: nuevos bienes en juego o nueva atención a bienes jurídicos tradicionalmente tutelados que se hallan mayormente expuestos al ataque de las organizaciones criminales.

La evolución del delito —la sombra que sigue al cuerpo, la energía que se transforma— suministra diversos indicadores que suelen concurrir en la delincuencia organizada contemporánea. Ésta implica el pase del crimen solitario al crimen participativo: delincuentes sin rostro, empresa criminal. También expresa el tránsito del delito *ad hominem* o *intuitu personae*, si se me permite decirlo así para fines expositivos, a una victimación difusa, indiscriminada, general. Los ejemplos sobran: el narcotráfico y el terrorismo figuran a la cabeza, pero también la delincuencia económica y ecológica, entre varias. Se amplían las categorías de los protagonistas del hecho punible, tanto sujetos activos como pasivos, victimarios o víctimas: las mujeres y los menores ingresan extensamente en esta relación. Esta presencia se traduce, a veces, en tipos penales calificados y en penas incrementadas.

La delincuencia organizada muestra, característicamente, la actual trascendencia (territorial) del delito evolucionado: aquí se transita del delito doméstico al delito disperso que trasciende fronteras urbanas, regionales, nacionales, continentales. A ello contribuyen el desarrollo de las comunicaciones (de ideas, personas, objetos) y la interdependencia

criminal, que es, a su turno, una floración ilícita de la globalidad en marcha. Esto se proyecta sobre áreas de producción y consumo o de *lavado* de recursos de procedencia ilícita, por lo que toca al narcotráfico, y sobre *blancos* nacionales, por lo que atañe al terrorismo, como hemos visto de sobra.

El crimen organizado tiene expresiones propias en la compleja relación entre el poder político y la delincuencia, que debiera ser, en principio, un *rechazo franco*. Hay organizaciones criminales con apetito de poder económico y/o político, y con dotación de poder en ambos órdenes. Es preciso observar el desempeño de la organización delictiva tanto en el supuesto de abuso del poder (violento o pacífico), como en la hipótesis de acceso al poder. Parecen inagotables los conductos subterráneos entre poder y criminalidad.

En este punto conviene ponderar la estrecha y creciente sociedad entre delincuencia (como medio o instrumento) y poder económico (como fin, pero también, a su turno, como factor de criminalidad), que ciertamente no opera en todas las vertientes de la organización criminal, escasamente en el terrorismo, abundantemente en el narcotráfico. Se acompañan y determinan el crimen y la pobreza, pero también el crimen y la riqueza. En el actual sistema de mercado, el delito es una vía expedita, no siempre descalificada, para la adquisición de fortuna. El problema de los rendimientos económicos del crimen ha sido muy explorado. En la Conferencia Mundial sobre Delincuencia Transnacional Organizada (Nápoles, 1994) se afirmó con énfasis que “el delito es la actividad comercial de mayor envergadura en el mundo. Como fuentes de ingresos, el tráfico de drogas y el tráfico de armas ocupan respectivamente el primero y el segundo lugares, por encima de la industria petrolera”.

Estos asuntos entran en la escena de los nuevos bienes jurídicos tutelados, o de los bienes tradicionales cuya protección se refuerza, como antes señalé. Así se vio en el artículo 1o. del proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en adelante, LFDO), que no pasó al texto aprobado, pero pone sobre la pista las preocupaciones del legislador. Se indicó que el ordenamiento tendría la “finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación”. Esto compone el nuevo horizonte de la tutela penal, al lado de los temas clásicos que siguen figurando en los tipos asociados —como *delitos objetivo*— al quehacer de las organizaciones criminales: vida en

el homicidio, libertad en el secuestro, seguridad y paz pública en el terrorismo, patrimonio en la sustracción y el comercio de ciertos bienes, salud pública en el narcotráfico, etcétera.

La cuestión de los bienes sujetos a tutela crece notablemente cuando viene al caso la transnacionalidad o trascendencia territorial del crimen. El nuevo derecho penal internacional propone temas que se conectan directamente con la pluralidad activa organizada. Esto puede suceder en el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, conforme al Estatuto de Roma. En el origen de la relativamente nueva regulación penal internacional se halla la necesidad, e incluso la urgencia, de hacer frente a típicos crímenes organizados. Los proyectos de Ginebra de 1937 respondieron a la preocupación por el terrorismo, y la reanimación del proceso conducente a establecer la Corte Penal Internacional se debe mucho a la iniciativa de Trinidad y Tobago, concentrada en la lucha internacional contra el narcotráfico. Algunos observadores estiman que en la ya prevista revisión del Estatuto de Roma, cuando concluya su primera etapa de vigencia —siete años—, se podrán añadir terrorismo y narcotráfico al catálogo del artículo 5o.

1. *Tradición jurídica en riesgo*

Me referí *supra* a las enseñanzas que aporta el momento actual de la justicia penal. Este es un tema de enorme importancia para el examen global del crimen organizado, de la reacción social y estatal, y del desempeño de la autoridad penal, categoría en la que descuella el Ministerio Público, personaje en la vanguardia. Las preocupaciones que suscita este asunto se reflejan y abastecen en la regulación mexicana sobre la materia y, peor todavía, en el panorama que pudiera hallarse a la vista en el futuro cercano. Esta es la cuestión central de la presente exposición, como lo ha sido de diversos trabajos míos desde hace tiempo. No siempre —o mejor dicho, rara vez— se ha puesto en este tema la atención que merece.

Heredamos una tradición penal liberal que constituye el cimiento del sistema penal moderno, al que luego se llamaría democrático. A esa herencia se ha sumado la tradición criminológica que puso el acento en los factores del delito —con perspectiva clínica o crítica— a escala general e individual. Sorteamos, trabajosamente, los componentes autoritarios, que no eran pocos, de la propuesta criminológica positivista, y

recogimos los datos que estimamos convenientes en una recepción con beneficio de inventario. Cuando creíamos afianzado el progreso penal, nuevos vientos autoritarios —los más devastadores que hayan visto las últimas generaciones— asolaron el ordenamiento de los delitos y las sanciones: transpersonalismo, decadencia de la legalidad penal, auge de la peligrosidad y el derecho penal de autor, penas y medidas de eliminación volcadas sobre disidentes, discrepantes, marginales. El Estado de derecho retrocedió lo ganado penosamente, mostrando que ningún progreso es victoria definitiva. En el subsuelo del orden democrático velaba el orden autoritario que afloró con presteza.

Al cabo de los años cuarenta se emprendió la recuperación de la línea liberal, ahora bajo el concepto de derecho penal democrático: mínima intervención penal del Estado, avance del garantismo, humanización de las penas, debido proceso. Sin embargo, esta síntesis democrática puede ser —y está siendo— el punto de inicio de una nueva cadena dialéctica alimentada por circunstancias inquietantes. La criminalidad crece y se diversifica: tradicional y evolucionada. Se han debilitado los medios de control no penal. Las instituciones a cargo del orden público, la seguridad y la justicia presentan, a menudo, signos de insuficiencia, incompetencia, rezago, perplejidad. Por ello cunde la irritación social que abre la puerta al providencialismo autoritario. Éste esgrime llamativos programas: *mano dura* y *cero tolerancia* figuran entre sus divisas.

Todo eso conduce a un régimen de derechos y garantías reducidos, acotados, recortados, que se *justifica* a la sombra de falsos dilemas, nativos de la ignorancia y la simplicidad, cuando no de la malicia: ¿seguridad pública o derechos humanos? ¿*due process* o *crime control*? Este género de incitaciones prolifera, sobre todo, cuando se trae a cuenta para combatir formas graves de criminalidad que alarman y exasperan a la sociedad, proclive a las recetas milagrosas.

Los casos de delincuencia organizada severa son caldo de cultivo para la alteración de los principios más preciados del sistema penal y procesal, exactamente —aunque menos notoriamente, por ahora— como en los tiempos del *nuevo orden*: decadencia de la legalidad penal, peligrosidad, alteración procesal. En esta situación hay que plantear y resolver cuanto antes algunas interrogantes, por lo pronto bajo la óptica del sistema democrático y sus proyecciones punitivas: ¿cuál es el pa-

pel del sistema penal? ¿cuáles son sus límites? ¿existe una frontera infranqueable para la actuación persecutoria del Estado? ¿el fin justifica los medios, o la justicia de los medios legitima el fin?

2. *Pluralidad activa*

Para el derecho penal es relevante la pluralidad activa. Ésta se aborda en diversos supuestos con sus propias implicaciones punitivas: a) coautoría y participación, hipótesis tradicionales y frecuentes; b) tipos que incluyen la pluralidad activa (sedición, motín, coalición, casos de oposición a obras públicas, delitos contra el consumo y la riqueza nacionales); c) tipos calificados en función de la pluralidad de agentes (homicidio, lesiones, violación, robo); d) asociación delictuosa, quintaesencia de la organización criminal: sobre aquélla se construirán las expresiones y el concepto de crimen organizado; e) asociación delictuosa calificada por la participación de miembros o ex integrantes de corporaciones policiales o fuerzas armadas; f) pandilla: agravante (artículo 164 *bis*) y agravante de la agravante cuando intervienen servidores o ex servidores de una corporación policial; g) persona moral con sujeción a normas específicas sobre responsabilidad penal y/o consecuencias del delito cometido por personas físicas vinculadas con la persona colectiva; y h) organización criminal, que se desenvuelve en dos etapas o bajo dos nociones que han aparecido sucesivamente en la ley penal mexicana: modo de comisión del delito —*modus operandi* de los agentes— con efectos procesales específicos (así, la retención del indiciado durante un plazo más o menos prolongado) y proyecciones sustantivas a través del régimen de individualización, y tipo penal autónomo.

3. *De la “primera tentación” reformadora a la reforma de 1993*

El crecimiento de la delincuencia organizada y el supuesto —pero no demostrado— desvalimiento jurídico del Estado para enfrentarla con firmeza y eficacia trajo consigo, desde 1992, algunas pretensiones de reforma. Me he referido a este hecho como *primera tentación*, que se mostró en la sesión académica pública realizada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, mencionada *supra*. La propuesta exhibió la herramienta del autoritarismo: no faltó siquiera la figura

del juez *sin rostro*, entonces aclimatada en algunos países suramericanos. Por fortuna la resistencia social y profesional fue vigorosa. Impugnada por su inconstitucionalidad, la *tentación* quedó en receso. La catalepsia sólo duraría algunos años.

En 1993 se produjo una relevante reforma penal constitucional. Se trató, en cierto modo, de un parteaguas. A la reforma acudieron muchos avances notables que contribuyeron a mejorar el régimen procesal (normas sobre confesión, derecho al silencio, defensa adecuada, garantías en la averiguación previa, derechos del ofendido), pero también hubo pasos en falso que sembraron problemas, como se vería muy pronto (relevo del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, regulación de la libertad provisional, decadencia de la legalidad en el sistema de extradición interna, introducción de los conceptos de delito grave y delincuencia organizada).

En este proceso ascendió a la Constitución la noción de delincuencia organizada como *modus operandi* y bajo una perspectiva procesal. La ley suprema no definió aquella —ni era pertinente que lo hiciera—, pero el dictamen de las comisiones parlamentarias se encargó de caracterizarla tomando en cuenta “la permanencia (de un grupo) en las actividades delictivas... su carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización (de aquél), el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales del individuo y de la colectividad, y que a su vez alteren seriamente la salud o seguridad pública”.

A partir de la Constitución, el concepto se alojó en los artículos 194 *bis* del Código Federal de Procedimientos Penales y 286 *bis* del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vinculado a la figura de los delitos graves en general y no a la de algunos en particular. El primero de los preceptos mencionados entendió que existe delincuencia organizada cuando “tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal”, y sigue la relación de los delitos graves. Como se sabe, la oscilante y cuestionable caracterización de los delitos graves —cuyo principal impacto en el proceso y en la opinión pública se asocia a la negativa de libertad provisional— se ha practicado en nuestro país conforme a dos criterios: sea por relación de crímenes, sea por referencia a determinados caracteres, término medio aritmético de la punibilidad privativa de libertad y reincidencia.

4. “*Segunda tentación*”: *el retroceso en marcha*

En 1995 apareció la *segunda tentación* autoritaria, que caló mucho más profundamente que la anterior. Informada por las mismas tendencias, se valió de un argumento que suele *probarse con su propio enunciado*: la legislación vigente impide luchar con éxito contra la delincuencia autorizada. Esta invocación acrítica y prejuiciosa, que surge con frecuencia a falta de mejores razones y releva al Estado de la carga de probar la necesidad de las medidas que pretende, culminó con la nueva propuesta de una ley contra la delincuencia organizada. Ésta pugnaba con la ley fundamental. Observada la oposición, había dos caminos al frente: sujetar la posible ley secundaria a las estipulaciones de la Constitución —todavía amparadas en la corriente del derecho penal democrático—, o modificar la ley fundamental para acomodarla a las disposiciones del ordenamiento secundario. Desde luego, se optó por esta segunda vía. Sin embargo, el acomodo constitucional no llegó tan lejos como debía, tomando en cuenta el propósito que lo inspiró: las normas de la ley suprema no legitimaron todas las soluciones finalmente incorporadas a la ley secundaria.

5. *Errores y riesgos en el artículo 16*

El primer precepto constitucional —según el orden de aparición en la escena de los desaciertos— afectado por la reforma practicada en 1996 fue el artículo 16. Tema: la intervención de comunicaciones personales. ¿Era necesaria la reforma? ¿El texto planteado constituía la mejor alternativa? Diez años antes, la Suprema Corte de Justicia había señalado un posible camino para intervenir legítimamente comunicaciones privadas: en el amparo de Fernando Karam Valle, del que conoció la Sala Auxiliar (A.D. 1993/86), en cuya solución se tomó en cuenta, *mutatis mutandi*, la figura del cateo. Esta ruta fue ignorada por la reforma de 1996.

El resultado de la revisión constitucional, en lo que atañe al artículo 16, no podía resultar más erróneo y preocupante para los derechos de particulares. En efecto: a) hay diversa regulación acerca de tres cuestiones que debieron resolverse de manera uniforme o por lo menos congruente: intervención de comunicaciones, intercepción postal y cateo;

b) no se dice, sólo se presume, que la intervención es practicable únicamente en las investigaciones penales; c) los jueces penales comunes, que pueden autorizar cateos, no están facultados para disponer intervenciones, no obstante que aquéllas suponen una injerencia más honda en el ámbito de intimidad de los particulares, y d) es posible intervenir las comunicaciones de una persona con su abogado, con la única excepción de las que se realicen entre el inculcado detenido y su defensor.

6. *Probar la inocencia*

La reforma incorporada en el artículo 22 constitucional pretendió enfrentar un problema ciertamente grave: el manejo de los recursos que genera o utiliza la delincuencia organizada. No hay duda sobre la necesidad de afectar estos recursos; si no se hace, el combate al crimen organizado perderá buena parte de su sentido y su eficacia. En consecuencia surge un tema jurídico y práctico de primer orden: ¿cómo afectar dichos recursos? Para la obtención del fin justo —la afectación de los recursos— ¿cuáles serán los medios legítimos? En otros términos ¿cómo lograr el objetivo propuesto, sin desmontar al mismo tiempo el sistema de garantías inherente a la orientación penal democrática?

La respuesta en el artículo 22 fue sumamente desafortunada, y abrió la puerta para otros desarrollos aún más inquietantes a través de una nueva reforma practicada tres años después. En 1996 se sustituyó la carga de la prueba sobre la responsabilidad, que corresponde al Ministerio Público, por una carga de la prueba sobre la procedencia lícita de los bienes. Otro problema que suscita el texto del artículo 22 es la probable aplicabilidad de esta inversión del *onus probandi* en el orden local, puesto que la delincuencia organizada no constituye necesariamente un delito del orden federal.

7. *Atracción arbitraria*

No cesaron en ese punto las reformas controvertibles de 1996, receptoras de una mala solución al problema de la delincuencia organizada. También fue modificado el artículo 73 constitucional en lo que respecta a la asunción, por parte de la jurisdicción federal, del

conocimiento de delitos originalmente comunes. La *federalización* de estos delitos se ha buscado por medio de la *atracción* de ilícitos comunes conexos con ilícitos federales. Esto implica una reflexión casuística a partir del dato de la conexidad, con subordinación —puesto que se interesan los órdenes de la competencia constitucional y los derechos individuales de los ciudadanos— a una norma legal, es decir, ni atracción de delitos de jurisdicción local que no guarden relación con delitos de jurisdicción federal, ni operación del sistema bajo el imperio de la discrecionalidad —que fácilmente se desliza hacia la arbitrariedad— del Ministerio Público.

En el proceso de reforma fracasó el intento de caracterizar de manera objetiva la categoría de los llamados delitos contra la federación. Por otra parte, no se previó —ni existe hasta hoy— una legislación que regule las decisiones de atracción y que de esta forma preserve las competencias constitucionales dentro del sistema federal y los derechos de los gobernados. La entrega de esta facultad al criterio del Ministerio Público no constituye precisamente la mejor manifestación de un Estado de derecho.

8. *Hacia la consignación “flexible”*

En 1997-1999 hubo otro achaque reformista con resultados ambiguos. La iniciativa presentada por el Ejecutivo federal en 1997 contenía los más intensos rasgos autoritarios de que se tenga noticia en lo que respecta a reformas penales constitucionales en nuestro país. Se planteó la *flexibilidad en la consignación*, consistente en la reducción de garantías: facilitar a todo trance el ejercicio de la acción penal. Para esto bastaría con acreditar los elementos *objetivos* del tipo penal, ignorando los subjetivos y normativos, en su caso, aunque los prevenga la descripción típica y por ello resulten tan necesarios como los primeros para la integración del delito.

Esta *flexibilidad* puede culminar en el ejercicio de la acción por una conducta o un hecho que no sean delictuosos en modo alguno. Afortunadamente, el Senado de la República contrarió el proyecto —fuertemente cuestionado— y recuperó el concepto de cuerpo del delito, precipitadamente abandonado en 1996. Empero, en el dictamen senatorial se dijo —desacertadamente y con el evidente propósito de determinar, en

forma irregular, la actividad de los legisladores locales— que cuerpo del delito y elementos objetivos del tipo son sinónimos. Así se entendía —dijo el dictamen— cuando se hizo la reforma de 1996. Esto es inexacto: aquéllos no son conceptos sinónimos, si se suponía —hasta 1996— que lo fueran. Había normas claras en otro sentido.

9. *Una propuesta ominosa: juicio penal en ausencia*

Otra reforma intentada en la iniciativa y desechada por el Congreso pretendía introducir en México el juicio penal en ausencia. Hay que celebrar el rechazo de semejante propuesta, pero no debemos olvidar que aquella existió y pudiera reanimarse cuando cobren mayor fuerza —que la tienen ya— los vientos autoritarios en materia penal.

Por último, en 1996 quisieron corregir, a través de otra controvertible enmienda constitucional, los desaciertos cometidos en el reclutamiento de integrantes de las corporaciones policiales. Esos desaciertos —que generaron daño social y lo producen todavía— sobrevinieron por el abandono de los progresos alcanzados poco tiempo antes y la reintroducción de oscuros procedimientos para la designación de policías. El *remedio* de esta *enfermedad* consistió en la admisión de la irretroactividad desfavorable en el artículo 123 constitucional, con el designio de remover en definitiva a ciertos integrantes de corporaciones policiales. Es pertinente recordar ahora estos problemas porque la policía judicial —que perdió este nombre en una trivial reforma al artículo 21 constitucional, cuyo único producto ha sido la anarquía terminológica— es un órgano auxiliar del Ministerio Público que reviste la mayor importancia en el desarrollo de la averiguación previa.

10. *Una pena que no es pena*

Para concluir esta revisión de reformas constitucionales directa o indirectamente conectadas con el problema de la delincuencia organizada, y por lo tanto con la función del Ministerio Público en la persecución de este ilícito, hay que mencionar la modificación de 1999 al artículo 22 de la ley fundamental. Esta reforma amplió y profundizó las medidas de afectación de bienes. Se creó un peculiar sistema de afectación en el caso de los bienes que “hayan sido asegurados con

motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados”. En el curso de la reforma se pretendió afianzar esta medida con el insostenible argumento de que no reviste naturaleza penal, y por lo tanto no le son aplicables ni las consideraciones ni los requisitos que corresponden a una verdadera pena.

Estas *razones* no se tienen en pie: la simple lectura de la hipótesis a la que me refiero, contemplada en el artículo 22, muestra que todo el sistema se eleva sobre la calificación de cierto hecho como delincuencia organizada, calificación que no se acredita, sin embargo, a través de una sentencia. En síntesis, el proyectista quiso consagrar en el texto constitucional una medida de sanción que no se identifica como tal: pena que no es pena, consecuencia jurídica que proviene de un hecho delictuoso cuya investigación queda en el aire, privación de derechos sin causa criminal ni sentencia que la establezca. ¿Una nueva familia de medidas *expeditas* que tendrá más vástagos en el futuro?

IV. DE NUEVO, EL “BEBÉ DE ROSEMARY”

Cuando se avanzó —o retrocedió, mejor dicho— en la regulación penal sobre delincuencia organizada, publiqué en revistas jurídicas y publicaciones periódicas de carácter general una serie de reflexiones acerca de esta materia y en torno al peligro que entrañaban las novedades propuestas y finalmente adoptadas. Me valí entonces —y me he valido después— de una referencia ilustrativa sobre esta cuestión. Mencioné el filme de Roman Polanski *El bebé de Rosemary*, realizado hace más de 20 años. La película se refiere al *caso* de una joven que concibe un hijo del demonio, nada menos. El solícito padre de la criatura en ciernes se propone iniciar de esta manera una nueva especie con cuerpo humano y espíritu diabólico.

En mi concepto, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es un bebé de Rosemary trasladado al orden jurídico: trae consigo novedades lamentables que pudieran volar sobre sus propias fronteras e infectar el sistema penal en su conjunto. Algunos defensores y panegiristas del proyecto elevado a ley procuraron disuadir mis temores con el argumento —absolutamente insuficiente, a mi juicio— de que algunos Estados democráticos habían introducido en su legislación instituciones o

figuras jurídicas semejantes. Bajo este criterio de *autoridad* se pretendió absolver de culpa al nuevo ordenamiento. Han transcurrido algunos años desde entonces. Están a la vista la experiencia reunida con la aplicación de la ley y varias reformas en disposiciones penales ordinarias. Los temores que entonces expresé se han concretado en la realidad de ahora. Así lo han reconocido —pero esto no me brinda satisfacción, desde luego— algunos de aquellos optimistas que aclamaron las supuestas *bondades* del engendro normativo.

1. *Propuestas apresuradas*

Examinemos en seguida algunas particularidades del ordenamiento que ahora nos interesa, a partir del proceso legislativo que lo depositó en el sistema jurídico mexicano. Con heterodoxia —que no es insólita, sin embargo, en nuestras prácticas legislativas— la iniciativa de la LFDO se presentó al Congreso de la Unión el mismo día en que se planteó la reforma constitucional indispensable para sustentar —relativamente, como ya dije— el régimen secundario: 18 de marzo de 1996. ¿Tanta era la seguridad de que habría enmienda constitucional y de que ésta satisfaría las pretensiones de la iniciativa secundaria?

En el proceso iniciado de esa forma se propuso también, para dar congruencia al conjunto de la regulación jurídica inmediatamente aplicable a esta materia, cierto número de reformas a varios ordenamientos: Código Penal (entonces para la federación y el Distrito Federal), Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley de Vías Generales de Comunicación y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Los peores usos legislativos afloraron de nuevo, las propuestas fueron presentadas, debatidas y aprobadas de un golpe en el mismo día: 15 de octubre de aquel año.

2. *El “nuevo orden” penal*

La LFDO ha traído consigo mucho más que un puñado de disposiciones especiales sobre delincuencia organizada, como otras que figuran en leyes penales especiales, presionadas por la creciente tendencia a la concentración de tipos y punibilidades en el Código Penal, como se

ha visto en las hipótesis de delitos electorales, ambientales y autorales. En realidad, la LFDO establece un sistema jurídico-penal distinto del que ha prevalecido en México y que deriva de tradiciones jurídicas generalmente plausibles, que ciertamente no son *responsables* de la ineficacia persecutoria que pudo argüirse para sustentar el proyecto de *nuevo orden*. Ese ordenamiento abarca, en efecto, toda la función penal: investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de penas. En cada hipótesis aparecen desviaciones con respecto al régimen ordinario.

La LFDO se refiere a delitos cometidos por *algún miembro* de la delincuencia organizada. Es evidente la confusión entre conceptos sociológicos y jurídicos. *Algún miembro* es un concepto sociológico que mira a la estructura del grupo cuyos integrantes delinquen. Sobre esta idea se monta una aplicación jurídica. Por supuesto, hubiera sido mejor hablar, para efectos jurídico-penales, de agente, autor, participante, etcétera.

V. CONSTITUCIÓN Y LEY: CAMINOS SEPARADOS

La reforma constitucional de 1993 que *sembró el problema* normativo de la delincuencia organizada marchó por un camino y hacia un destino, y la LFDO avanzó, tres años más tarde, en un sentido totalmente distinto. Como anteriormente señalé, el artículo 16 constitucional, cuyo texto de entonces se mantiene en vigor, entendió la organización delictuosa como una manera de delinquir que puede proyectarse sobre diversos comportamientos y cuyas consecuencias son estrictamente procesales: retención más prolongada en la fase de averiguación previa y negativa de libertad provisional por conexión con el concepto de delito grave. En un primer momento, la iniciativa de la LFDO consideró la organización delictuosa como agravante de los delitos cometidos por los integrantes del grupo. El dictamen de la comisión parlamentaria dio el giro radical: la delincuencia organizada sería un delito autónomo.

Este viraje ha producido algunas de las consecuencias más preocupantes del nuevo orden.

1. La “conspiracy”

En la descripción típica hay un doble plano de consideración: por una parte, las características del grupo organizado para delinquir; por la

otra, los delitos que aquél se propone cometer, a los que he denominado *delitos objetivo*. En cuanto al primer extremo, nótese que la ley requiere la existencia de tres o más personas que acuerden organizarse o efectivamente se organicen con finalidad delictuosa. Subrayo la alternativa. Esta fórmula penal recoge de plano la doctrina de la *conspiracy*, que antes de ahora se manifestó, por cierto, dentro de la ley penal mexicana en la figura de *conspiración* para cometer delitos políticos (artículo 141 del Código Penal Federal). De esta suerte la injerencia penal se anticipa: un paso antes de los actos preparatorios de un delito realmente perpetrado.

Considero que esta solución penal *pragmática* constituye uno de los más graves y peligrosos retrocesos en el sistema de los delitos. El punto se ha planteado ante la jurisdicción constitucional federal. La objeción, enderezada por la ruta de la libertad de expresión, no ha prosperado hasta ahora. El saldo de todo ello es la inmediata incriminación, sin más, de una conducta que puede ser intrascendente: basta establecer que hubo un acuerdo para organizarse —aunque no se defina la forma de hacerlo ni se pacten los medios, ni se actualice la intención— para que opere la maquinaria penal. Conviene reflexionar sobre los extremos a los que se puede llegar con esta legitimación de la actividad persecutoria del Estado que desborda ampliamente el principio de *intervención penal mínima*, cuya erosión ha comenzado en el derecho penal mexicano. La cabeza de playa de un nuevo régimen persecutorio podría ampliarse fácilmente y abarcar nuevos territorios.

2. El problema de los delitos “objetivo”

Mencioné ciertos delitos objetivo: los ilícitos que se proponen cometer quienes acuerdan organizarse o se organizan efectivamente. Si el designio no abarca los delitos previstos por la LFDO, no existe delincuencia organizada —se estaría en el caso de ausencia de tipicidad—, aunque evidentemente quedan en pie, por sus propios términos típicos, los otros delitos perpetrados y, eventualmente, también la asociación delictuosa, cuyo tipo no establece un catálogo agotador de delitos objetivo.

La ley distingue entre delitos federales y comunes para proveer una nueva fórmula de *federalización* de ilícitos del orden local, aunque esto

se ha hecho con los errores —peligrosos errores— que adelante señalaré. Los delitos federales objetivo del grupo organizado o por organizarse son: contra la salud, terrorismo, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita (que también puede ser, considerando su naturaleza, delito del fuero común), acopio y tráfico de armas (misma consideración que en el caso anterior), tráfico de indocumentados y tráfico de órganos. Los delitos comunes recogidos en la LFDO como objetivo criminal que implica la federalización persecutoria del conjunto son: asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, todas ellas hipótesis que también pueden corresponder originalmente al fuero federal.

Como se advierte, la LFDO no ha recogido todos los delitos más graves. Pongamos un ejemplo hipotético: si los numerosos crímenes, calificados como *seriales*, cometidos contra la vida y la integridad de mujeres en Ciudad Juárez en el curso de la última década, hubieran sido perpetrados por un grupo organizado con ese propósito, no podrían ser llevados ante la jurisdicción federal en virtud de que no corresponden (al menos muchos de ellos, acaso la mayoría) al catálogo previsto en la LFDO.

Por lo demás, comienzan a surgir propuestas, no siempre razonables, para incluir nuevos tipos en el conjunto federal o común de delitos objetivo, exactamente como ha ocurrido con respecto a la relación de delitos graves, frecuentemente modificada. El desacierto en la técnica legislativa y la carencia de una política criminal consistente, sumados, por supuesto, a la flagrante crisis de seguridad pública, traen consigo estos problemas.

3. Más problemas: la federalización por atracción

La federalización persecutoria no es general ni sistemática. Opera a través de la *atracción* a la que antes aludí, que es un acto del Ministerio Público federal que permite trasladar a la jurisdicción federal la competencia de conocimiento *ratione materiae* originalmente depositada en la jurisdicción local. La consecuencia de esto es que una conducta puede ser delictuosa o no —desde la perspectiva de los delitos federales— a discreción de la autoridad que atrae. Esta discrecionalidad campea en un ámbito que debiera hallarse rigurosamente regulado, como también manifesté.

En otros términos: si no hay atracción, no hay delincuencia organizada. La atracción determina que el delito federal que estaba *en potencia* —pendiente de merecer la atención del Ministerio Público Federal— pase a estar *en acto*, es decir, adquiera realidad jurídico-penal. Esta es una extraña manera de crear delitos por la vía procesal, a discreción de una autoridad administrativa. La existencia del delito federal, que es requisito para la atracción en los términos de la fracción XXX del artículo 73 constitucional, no se presenta sino en virtud de la atracción misma: es ahí donde aquél surge. Del mayúsculo disparate deriva la alteración arbitraria en la distribución constitucional de competencias y la afectación de derechos de particulares.

Hay otras cosas a este respecto. Si los delitos objetivo de operación con recursos de procedencia ilícita y acopio o tráfico de armas corresponden al orden común, la autoridad federal no puede conocer de delincuencia organizada —como podría hacerlo si aquéllos correspondieran al orden federal— porque no están incluidos en las hipótesis que fundan la atracción. Por el contrario, si los delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores o robo de vehículos son de competencia federal, la autoridad de ese fuero no podrá perseguir los hechos bajo el concepto de delincuencia organizada. No se halla legitimada para hacerlo conforme a la relación de delitos federales establecida en la LFDO, que es exhaustiva, aunque pueda perseguir los delitos cometidos, en sí mismos, conforme a su competencia ordinaria.

4. *Reclusión perpetua y otros temas de la punición*

El régimen de sanciones de la LFDO también amerita algunos comentarios. Es el más riguroso sistema de punibilidades conocido en la legislación mexicana, sin considerar para ello —desatención que es cada vez más frecuente en los nerviosos movimientos de la reforma legislativa penal— la entidad de los bienes jurídicos afectados (entre los delitos objetivo no figuran, por ejemplo, la violación o el homicidio) y la gravedad del daño o el peligro causados.

Pongamos ejemplos sobre la gravedad de las sanciones (que por sí misma no desarraiga la impunidad, como se ha probado hasta la saciedad) en lo que respecta a la delincuencia organizada, siempre sin perjuicio de la que corresponde a los otros delitos cometidos o intentados,

que se agrega a aquélla: la pena aplicable a quien se organiza con el fin de incurrir en narcotráfico es de 20 a 40 años de prisión; la figura calificada en este mismo género, por la calidad de servidor público del agente o por el empleo de menores o incapaces, acarrea de 30 a 60 años.

Si se agregan las penas correspondientes a los delitos objetivo realizados, podría llegarse a 70 u 80 años, lo que significa —en términos prácticos— prisión perpetua, rechazada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia a título de pena *inusitada*, cuando se ha examinado su aplicabilidad como consecuencia de la extradición de un delincuente. Como es notorio, este sistema altera las reglas del concurso ordinario. Prevalece la LFDO sobre el Código Penal: aquélla es norma principal o preferente y éste tiene carácter supletorio.

También es interesante considerar aquí los términos de la prescripción. La LFDO duplica los plazos para la prescripción respecto de los delitos previstos en el artículo 2o. cometidos con delincuencia organizada: abarca tanto este delito autónomo como los delitos objetivo (artículo 6o.). En el caso de penas entre 30 y 60 años de prisión, la prescripción operará en 90 años. En la hipótesis de que el sujeto se encuentre fuera del territorio nacional, surtirá efectos a los 180 años.

Las punibilidades son más rigurosas cuando se trata del director, el administrador o el supervisor del grupo, agravamiento que resulta razonable, pero se ha olvidado el caso de otros participantes cuya intervención engendra daños o peligros de suma importancia: el sicario, por ejemplo, personaje frecuente en ciertas redes criminales. Estas normas sobre agravamiento ¿son aplicables en el supuesto en que existe acuerdo para organizarse, pero no organización actual? Las referencias utilizadas por la ley generan problemas a este respecto, puesto que se habla de *quien tenga funciones*, o bien, *quien no tenga funciones*. Con ello parece aludirse a tareas actuales, no a expectativas en las que quizás no existe, todavía, determinada asignación de funciones, y en todo caso éstas son futuras.

5. Oportunidad y market system

Una de las cuestiones más arduas en este campo es la negociación penal, recogida en el sistema persecutorio de la delincuencia organizada. Es verdad que la negociación, el acuerdo y el consenso con efectos

reductores de la pretensión punitiva o de la sanción aplicable han recorrido un largo camino en el derecho comparado, pero también lo es que esta manifestación del principio de oportunidad —con disposición de la materia del litigio, no sólo de algunas formas del proceso— y el imperio del *market system* pugnan con el régimen constitucional mexicano, que acoge el principio de legalidad.

La fracción I del artículo 35 de la LFDO establece una verdadera facultad de gracia en manos del Ministerio Público, sin asidero alguno en el artículo 21 constitucional. Así, el órgano de la acusación sustrae al tribunal la potestad de resolver sobre las consecuencias de un delito cometido. Tampoco se ajusta al régimen de legalidad la reducción judicial de penas cuando el inculpaado aporta indicios o pruebas que conduzcan a la condena de otras personas.

Por supuesto, la crítica que he formulado no es aplicable a las diversas figuras y fórmulas de autocomposición penal que han reaparecido últimamente. Éstas corresponden a la búsqueda de alternativas al proceso formal, tanto para descargar el peso —no siempre inevitable— que sofoca a la administración de justicia, como para satisfacer el interés del ofendido y crear una nueva condición moral entre éste y el infractor. Los méritos éticos de estas alternativas —que marchan por la vía de la mediación, la conciliación, la reconciliación, el consenso de buena ley— se hallan muy lejos de las negociaciones sobre la pretensión punitiva entre el órgano público de la persecución y el inculpaado.

6. ¿Bis in idem?

Se ha formulado una pregunta relevante que conviene traer a colación: ¿hay doble sanción de una misma conducta, contemplada desde tipos penales diferentes? La Suprema Corte de Justicia lo ha negado, haciendo ver que los elementos del delito de delincuencia organizada son diferentes de los que corresponden a los delitos objetivo. Empero, considérese algún supuesto en el que la respuesta ya no es tan evidente: por una parte, acuerdo para cometer delito, conforme a la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal, y por otra, delincuencia organizada consistente en el simple acuerdo para cometer ese delito.

7. Investigación “compartida”

El artículo 21 constitucional establece que la investigación y la persecución de los delitos incumben solamente al Ministerio Público. Esta atribución constituye un dato del antiguo monopolio depositado en las manos del Ministerio Público, que en su expresión más intensa abarcó: averiguación, decisión sobre el ejercicio de la acción —actualmente sujeta a control judicial a través del amparo— y desempeño de la acusación a lo largo del juicio penal. Esta regla de reserva tiene implicaciones de doble naturaleza: atañe a la distribución de competencias entre autoridades y concierne a la seguridad jurídica de los particulares en el Estado de derecho.

Cuando se ha querido remover algún elemento del monopolio ministerial ha sido necesario reformar la Constitución. Así se hizo en 1994 para abrir la posibilidad de control jurisdiccional sobre las determinaciones de no ejercicio o desistimiento de la acción, que anteriormente se hallaban en el ámbito de competencia exclusiva del Ministerio Público. Sólo después se pudo establecer en la ley el procedimiento de control, que por ahora se tramita a través del amparo.

Así las cosas, una ley secundaria no podría alterar el sistema de atribuciones contemplado por la Constitución. Empero, lo hace la LFDO al puntualizar que “cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”. El artículo 21 de la ley fundamental no sustenta esta disposición de la ley secundaria, que instituye una especie de *investigación necesariamente compartida*. En ésta se refleja la antigua pretensión de las autoridades hacendarias de intervenir decisivamente en los actos de averiguación cuando el ilícito sujeto a ésta interese al fisco. Por supuesto, la controvertible averiguación compartida a la que me refiero difiere sustancialmente de la participación que otras autoridades deben tener en actos de investigación, cuando las requiera para ello el Ministerio Público, siempre a título de auxiliares de éste.

8. Desaciertos en el régimen de la prueba

El sistema de la prueba suscita algunas cuestiones interesantes. En la iniciativa de la LFDO se dijo que la imputación hecha por los partici-

pantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación *tendrá particular importancia* para fines probatorios. De esta forma, la declaración inculpatoria formulada por los coautores y cómplices pasaba a tener el rango de *reina de las pruebas*.

Tan discutible criterio fue matizado por la LFDO. Ésta se limita a decir que aquella declaración será valorada *prudentemente*. La Suprema Corte de Justicia se ha ocupado en este punto y ha sostenido la legitimidad de la valoración prudente. Es inobjetable este criterio, que ciertamente obedece al principio de valoración de todas las pruebas: prudencia es lo menos que se puede esperar del juzgador. La apreciación de las imputaciones de esta clase no puede sustentarse en un *pre-juicio* de valoración: que poseen relevancia mayor en el cuadro general de las pruebas.

También es discutible el empleo en un proceso de las pruebas que constan en otro. El traslado sin crítica es inaceptable. Se violentaría el principio de contradicción que opera dentro de cada enjuiciamiento para que éste merezca, como lo demanda el régimen penal democrático, la calificación de *debido proceso*. Más cuestionable todavía es la restricción de conocimiento del expediente por parte del inculpado y su defensor a aquellas actuaciones que contengan hechos imputados al solicitante. No es eso lo que ordena —y al mismo tiempo garantiza— la Constitución, tras la reforma de 1993 a la fracción VII del actual apartado A del artículo 20: esta norma permite el acceso a todos los datos solicitados por el inculpado para su defensa, que consten en el proceso, garantía que se extiende a la averiguación previa.

9. El arraigo: *detención adelantada*

La LFDO ha generado una viciosa práctica de arraigo (artículo 12). Bajo este nombre se encubre una verdadera detención que contraviene letra e intención de la ley fundamental. El arraigo, ampliamente conocido en el enjuiciamiento civil pero también en el penal, implica la prohibición que se impone a una persona de salir del territorio en el que ejerce sus atribuciones la autoridad que realiza la investigación o conduce el proceso. La detención es otra cosa, está sujeta a reglas constitucionales y legales diferentes.

El Constituyente prohíbe que la detención del indiciado exceda de cierto tiempo —72 horas que es posible aumentar— sin que se justifi-

que con un auto de formal prisión dictado por la autoridad judicial competente, una vez iniciado el proceso mediante ejercicio de la acción penal. El mal llamado arraigo, que prohija la LFDO, burla esta prevención constitucional y permite detenciones prolongadas sin ejercicio previo de la acción —salvo que se aduzca la existencia de una acción cautelar— ni decisión judicial sobre la situación jurídica del sujeto desde la perspectiva de la imputación formal que le dirige el Ministerio Público con sustento en la averiguación previa concluida.

En suma, la LFDO autoriza un arraigo —al que en la práctica se ha solido llamar, engañosamente, *domiciliario*— que puede prolongarse durante varios meses, mientras el Ministerio Público concluye la averiguación de los hechos y resuelve si ejercita la acción penal o se abstiene de hacerlo. Este arraigo constituye, en rigor, una detención. No se realiza en el domicilio del indiciado, sino en un inmueble señalado por el Ministerio Público, que para este fin recaba autorización judicial. Con alguna frecuencia se han utilizado casas rentadas o aseguradas, o cuartos de hotel. Esta medida anticonstitucional ha ganado terreno e incluso ha contaminado la legislación procesal ordinaria.

10. *Testigos protegidos*

La LFDO establece la protección a participantes en el procedimiento penal (artículo 34). No hay duda sobre la necesidad de que el Estado garantice la seguridad de víctimas y testigos que pudieran sufrir las consecuencias de su intervención procesal. Empero, esta indiscutible necesidad de protección se ha querido atender con normas discutibles y figuras anómalas que lesionan el régimen de garantías procesales. La LFDO permite la reserva de la identidad de los testigos hasta que se ejercita la acción penal (artículo 14). Es evidente que esta reserva se propone amparar al testigo frente al ataque o la amenaza del infractor o de otras personas vinculadas con éste, pero también significa una reducción de los derechos del inculcado para conocer la identidad de quienes le imputan la comisión de un delito y actuar como convenga a su defensa. La reserva es, en esencia, ocultamiento de pruebas.

Es absolutamente inaceptable —pero también factible, como se ha visto— que la protección al testigo se traduzca en indefensión del inculcado. Ni siquiera la LFDO ha estatuido desviación semejante. Bien

que el testigo se halle a cubierto de acechanzas y venganzas, pero mal —pésimo— que todo ello se convierta en impedimento del acceso a la prueba, negativa del principio de contradicción procesal —piedra de toque del proceso acusatorio—, indefensión creciente. El testigo protegido no puede ser un observador distante del proceso, un proveedor inasible de información sustraída a la crítica, un oráculo sensible al acusador y vedado al defensor.

11. *Delaciones e investigaciones*

Conforme a la acostumbrada interpretación del artículo 16 constitucional, la averiguación previa se desarrolla a partir de una denuncia o una querrela, con los datos característicos de estos actos del procedimiento. No se autoriza la delación o la pesquisa. Es posible que éstas contribuyan al esclarecimiento de algunos delitos, pero es seguro que al mismo tiempo corrompen la marcha de la justicia y enrarecen el sistema de garantías. También aquí la LFDO ha marchado por otro camino: el Ministerio Público puede disponer investigaciones a partir de una información anónima (artículo 38). Se dice que una vez confirmada la veracidad de la información se podrá iniciar una averiguación previa; así se pierde de vista que aquellas investigaciones, movidas por una delación, ya constituyen averiguación previa de hechos aparentemente delictuosos. Los juegos con las palabras no alteran la realidad de las cosas. Apenas se disimula la violación constitucional.

12. *“Precio a la cabeza”*

La LFDO, animada por una tradición varias veces centenaria, dispone la entrega de recompensas a quienes auxilién eficazmente para la localización o aprehensión de personas inculpadas por delincuencia organizada, una vez que se ha dictado el correspondiente auto de formal prisión. Del texto de la ley se desprende claramente que esas recompensas sólo proceden cuando el beneficiario de ellas ha contribuido efectivamente a localizar y aprehender al inculpado, no así cuando ni siquiera ha concluido la averiguación previa o no existe orden de captura. Independientemente de esto, es necesario ponderar la pertinencia de que el Estado *ponga precio a la cabeza* de los delincuentes.

13. *Desviaciones en la ejecución*

Las disposiciones acerca de la ejecución de penas alteran profundamente todo el sistema de readaptación social presidido por el artículo 18 constitucional y desarrollado, desde hace tiempo, por la legislación ejecutiva. El otorgamiento de beneficios que disminuyan la duración de la pena se debe subordinar a la readaptación social del ejecutado, mientras ésta sea el propósito constitucional de la privación de libertad, que legitima los actos de ejecución. La LFDO, en cambio, reorienta la ejecución desde la perspectiva de la colaboración del reo en la persecución de los delitos (artículos 35, fracción IV, 43 y 44). Así, el ejecutado se convierte en colaborador, y por este medio obtiene los beneficios que la ley niega a la generalidad de los sentenciados por delincuencia organizada.

VI. COLOFÓN: ¿HA COMENZADO LA REFORMA DEL ESTADO?

He intentado una breve revisión del régimen jurídico-penal de la delincuencia organizada —cuya persecución constituye, hoy día, uno de los renglones más frecuentados por la actividad del Ministerio Público federal—, aportado por las muy discutibles, pero no muy discutidas, normas penales especiales expedidas en 1996. Éstas, como dije, han creado un sistema penal paralelo que se caracteriza por la reducción de garantías y la alteración de los principios y las reglas que presiden el enjuiciamiento penal ordinario. De esta forma se pierde una tradición liberal y democrática, y se extravía el camino del Estado con enorme peligro para la libertad de los particulares. Es pueril suponer que las alteraciones procesales sólo se destinarán a los más peligrosos criminales, autores de los más graves delitos: este es el punto de inicio, conforme al discurso de los panegiristas del proceso autoritario. En la realidad, se ha abierto la puerta —como prueban algunas reformas realizadas a partir de la LFDO— a un oscuro enjuiciamiento penal que trae consigo los peores datos del pasado.

Durante algún tiempo nos hemos distraído con una hipotética reforma del Estado en la que no participan los ciudadanos y que no repercute, como debiera, sobre la vida cotidiana de éstos. El trasiego de atribuciones entre los órganos del poder público —esto es, entre los poderosos— no

resuelve los problemas esenciales de los individuos, no obstante que se supone —bajo una antigua divisa romántica— que los gobiernos han sido instituidos para la felicidad del pueblo y la preservación de los derechos fundamentales. Es perfectamente probable que mientras discutimos sobre los rasgos más amenos de aquella hipotética reforma, que los hombres de carne y hueso contemplan a gran distancia, ya haya comenzado la verdadera reforma del Estado, es decir, la modificación profunda en el sistema de las relaciones entre éste y los particulares. El nuevo régimen penal sobre delincuencia organizada es un capítulo de esa reforma, que no confiesa ni su carácter ni su destino.