



POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Moisés MORENO HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción y planteamiento del problema.* II. *Situación actual del problema de la delincuencia organizada y de las estrategias político-criminales para enfrentarla.* III. *Delincuencia organizada, política criminal y reforma constitucional en materia de justicia penal y proceso penal.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Sobre el tema de la *política criminal en materia de delincuencia organizada* ya me he ocupado por lo menos en tres ocasiones en las Jornadas sobre Justicia Penal organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, incluso desde que apareció la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en 1996; por lo que hablar una vez más sobre lo mismo me convertiría en reincidente, y lo que yo dijera podría sonar a disco rayado. De ahí que, para que la exposición tenga mayor sentido, vincularé el tema con las *reformas al sistema de justicia penal* de 2008, que actualmente se encuentran en proceso de implementación.

2. Durante los dos años y medio de que las reformas constitucionales fueron publicadas (18 de junio de 2008) se ha hablado y escrito mucho sobre ellas, sobre sus alcances y sus orientaciones político-criminales, sus fortalezas y sus debilidades, habiendo encontrado tanto partidarios como detractores. Y entre sus puntos críticos, que más han sido cuestionados, destacan precisamente los que se relacionan con la delincuencia organizada, como son ciertas medidas cautelares y técnicas de investigación. Por ello, de acuerdo con los nuevos contenidos constitucionales, puede afirmarse que en el sistema de justicia penal coexisten criterios *garambistas*, que responden a *exigencias democráticas*, y criterios que atienden mayormente a necesidades

* Doctor en derecho por la Universidad de Bonn, Alemania; profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

de *eficacia* o de *funcionalidad* del sistema, aun a costa de garantías y, por ende, que responden a *exigencias autoritarias*.

3. Por razón de lo anterior, hay quienes afirman, con cierta ligereza, que las reformas constitucionales han establecido las bases de *dos* sistemas de justicia penal o *dos sistemas procesales* distintos: uno para la delincuencia común o tradicional, que es caracterizado como el *sistema garantista*, que se manifiesta a través del sistema acusatorio y oral, y otro para la delincuencia organizada, considerado un *sistema especial*, que permite reducir o vulnerar garantías procesales. Algunos, incluso, han calificado a este último como *sistema penal o procesal penal del enemigo*; expresión poco técnica y término bastante *equivoco*, pero que ha encontrado amplio eco en ciertos sectores, ya sea para cuestionar a los sistemas penales o para cuestionar a Jakobs (habría que analizar con mayor cuidado si la distinción de dos sistemas procesales es correcta o no.)

4. Pero, por otra parte, paradójicamente se da la situación de que, a medida que avanza la implementación de la reforma constitucional, también se observa un incremento de la *violencia* atribuida a la delincuencia organizada; y da la casualidad que ese fenómeno se observa con mayor intensidad en uno de los estados pioneros en establecer su sistema acusatorio y oral, que es el estado de *Chihuahua*; pero lo mismo se puede decir con relación a Nuevo León y Durango. Por ello, ante esa coincidencia, se pregunta con razón si ese incremento de la violencia es atribuible al nuevo sistema de justicia; en otras palabras, se cuestiona si el sistema de justicia penal *tiene algo que ver o no* con el problema de la delincuencia, o si son la forma de su implementación y los criterios que se aplican los que propician esa situación.

Lo cierto es que, ante esos cuestionamientos, ha habido señalamientos en distinto sentido; algunos afirmando que el sistema de justicia penal *nada tiene que ver* con los problemas de delincuencia e inseguridad que vive el país, pues de eso se ocupan otras medidas, que son las que en todo caso están fallando; otros, en cambio, admiten la *relación entre justicia penal y delincuencia* y, por ello, admiten que el no combatir ésta eficazmente es también atribuible a las deficiencias del sistema y de su forma de implementación; por lo que se sugiere someterlos a revisión y reorientación. Con lo anterior, nuevamente se producen posiciones encontradas y, por ello, nuevamente se genera la necesidad de seguir buscando mejores alternativas.

5. Con independencia de la postura que se tome sobre estas cuestiones, es claro que los señalamientos ponen en entredicho tanto a la política criminal como al sistema de justicia penal y plantean como reto para el proceso de implementación de la reforma constitucional el de *compaginar* las distintas posiciones y lograr el mayor *equilibrio* entre ellas. Pero para estar en con-

diciones de ofrecer respuestas adecuadas a dicho reto habrá que analizar primeramente el *problema* que motiva la existencia de la política criminal y del propio sistema de justicia penal, que es precisamente el problema de la *delincuencia*, sea organizada o no, así como analizar los mecanismos que se han generado para enfrentarla, ya sea previniéndola o reprimiéndola, que son los que constituyen la *política criminal* y la *política penal*.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DE LAS ESTRATEGIAS POLÍTICO-CRIMINALES PARA ENFRENTARLA

1. Es de todos sabido que el grave problema de la *delincuencia organizada* que en los últimos tiempos vive México ha traído como consecuencia no sólo la afectación de bienes jurídicos fundamentales de muchas personas (como la vida, la salud, la libertad, la seguridad y el patrimonio), sino que incluso ha puesto en jaque la propia vigencia del Estado de derecho y de las instituciones democráticas que lo conforman. Por ello, también ha puesto en entredicho la funcionalidad de los mecanismos de control y de las propias instancias del gobierno que tienen la función de combatirla, ya que hasta ahora no han mostrado la capacidad para contener la violencia y la causa que la genera.

a) En efecto, no se puede negar que la gravedad del problema y la falta de funcionalidad institucional han tenido mucho que ver con el hecho de que últimamente se haya producido un enorme número de muertes (ejecuciones) no sólo de miembros de organizaciones delictivas, o de las propias instituciones policiacas y de las fuerzas armadas que se ocupan de enfrentarlas, sino de mucha gente inocente, incluso de jóvenes estudiantes o menores de edad, como lo muestran los distintos datos estadísticos que se dan a conocer, independientemente de los múltiples *efectos colaterales* que ello trae consigo, que en los últimos tiempos colocan a nuestro país como uno de los más violentos, más inseguros y peligrosos del mundo.

b) Esta situación de violencia e inseguridad ha provocado, asimismo, que tanto el sistema de justicia penal como el de seguridad pública hayan perdido *credibilidad social* por sus escasos rendimientos y, consecuentemente, por el alto índice de *impunidad* que la falta de funcionalidad ha provocado. Los datos estadísticos oficiales corroboran todo esto, como los que se publicaron el día de hoy en diversos medios de comunicación sobre cuántas averiguaciones previas se archivan (63%), cuántas se consignan y cuántas llegan a sentencia condenatoria.

2. Ciertamente, habrá que reconocer que el problema de la delincuencia organizada es sumamente complejo y multidimensional; por ello, para enfrentarlo con perspectivas de eficacia y de éxito, no habrá que limitarse a las medidas simplistas y meramente coyunturales, que de antemano muestran su falta de eficacia y su fracaso, sino que igualmente se requiere de *soluciones complejas* y que atiendan preferentemente los múltiples factores del problema. Es indiscutible que, hasta ahora, la lucha en el ámbito nacional contra la delincuencia se ha limitado preponderantemente a las *medidas repressivas* de carácter penal, habiéndose traducido esa política criminal en el mero *endurecimiento* constante de todo el sistema de justicia penal y de seguridad pública; pero, además, la lucha contra la delincuencia organizada se ha caracterizado por recurrir casi de manera exclusiva y única al uso de las fuerzas policiales, si bien en los últimos años también ha alcanzado un importante protagonismo la participación de las fuerzas armadas en esa lucha. En cambio, no obstante que con las reformas constitucionales de 2008 se estableció que el sistema nacional de seguridad pública debe comprender, además de la investigación y persecución del delito, también la *prevención* del mismo, puede afirmarse que hasta ahora la política criminal del Estado mexicano ha carecido de un *programa de prevención del delito*, sobre todo del delito organizado y violento, en el que participen activamente tanto las demás dependencias del gobierno como la sociedad civil, que sin duda tendría resultados más positivos.

3. La realidad muestra entonces que, a pesar del *endurecimiento* —casi a niveles irracionales— de las medidas político-criminales de carácter penal frente a la delincuencia organizada, a pesar del involucramiento de las fuerzas armadas e incluso de la limitación de garantías, así como de las detenciones y eliminaciones de importantes capos del narcotráfico, aún no hay visos claros de que este fenómeno delictivo pueda ser realmente frenado en una cierta medida y en un determinado tiempo. Pues, aparte de que los resultados han sido muy escasos, la violencia se recrudece cada vez más, como lo muestra la enorme cantidad de muertes que ha habido en los últimos tiempos, así como de secuestros, de extorsiones y de otros delitos; observándose que, respecto de muchos de ellos, parece no existir el interés de investigarlos, perseguirlos y juzgarlos, sobre todo de aquellos homicidios en que se presume que la víctima es miembro de la delincuencia organizada.

4. Lo anterior pone en evidencia que las actuales medidas político-criminales *carecen de funcionalidad*, es decir, carecen de eficacia en relación con los *objetivos* que se les atribuye o para los cuales fueron diseñados: proteger *bienes jurídicos* frente al delito; evitar que se cometan delitos, así como inves-

tigar, perseguir y juzgar los que se cometen; procurar que el culpable de los mismos no quede impune, y dar satisfacción a los intereses de la víctima afectados por el delito. Se pone igualmente de manifiesto que las expectativas sociales y las exigencias del Estado democrático de derecho no se satisfacen con el solo hecho de modificar la Constitución Política o las leyes penales y procesales, por muy loables que sean los propósitos de una reforma, si ella carece de efectividad. De ahí que se diga que el problema no es de la ley sino de su falta de aplicación, pues de nada sirve el solo aumentar las penas en la ley si ellas sólo excepcionalmente se imponen. Entonces, como los objetivos plasmados en la ley no se alcanzan por sí solos, sino que ellos dependen —además de las vías que para ello se establezcan— de quienes aplican la ley a los casos concretos, ello quiere decir que si éstos no cumplen con la función que les corresponde, como es prevenir, investigar, perseguir y juzgar los delitos y sancionar a los delincuentes, todo el sistema será disfuncional. Esto motiva a que el sistema penal y de seguridad pública nuevamente sea sometido a reformas y a que las medidas se sigan endureciendo más y más, hasta llegar a límites casi irracionales que *se apartan de las exigencias y de los límites democráticos*, repitiéndose dicho ciclo cada vez que el sistema es cuestionado por su falta de funcionalidad.

5. Por razón de lo anterior, y sin que se quiera caer en el mismo círculo vicioso, se justifica que *toda* la política criminal frente a la delincuencia organizada, pero también frente a toda la delincuencia en general, sea sometida a una real y seria *revisión y transformación de fondo*, que con la más firme decisión busque nuevas y mejores alternativas en relación con los objetivos que se quieren alcanzar y que efectivamente garanticen su mayor funcionalidad. Con otras palabras, lo que se pretende es que se cancelen las simulaciones y que se evite seguir despertando falsas expectativas y mayores desencantos. Si las actuales medidas político-criminales, o la forma de su aplicación, han mostrado muy pocos rendimientos, entonces lo más recomendable es analizar la razón de su falta de funcionalidad y, en su caso, reorientarlas adecuadamente, en lugar de sólo limitarse a hacerlas más drásticas, y que si bien dan la sensación de que se actúa con energía, en realidad dichas medidas no tienen la mayor efectividad. De ahí la necesidad de ensayar otras alternativas, que son recomendadas tanto por la *práctica* de la política criminal comparada como por las aportaciones de la *teoría* político-criminal, de la dogmática penal y de la criminología, entre otras disciplinas que se ocupan de la materia.

III. DELINCUENCIA ORGANIZADA, POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y PROCESO PENAL

1. *Las nuevas medidas frente a la delincuencia organizada (2008)*

a) La situación que en los últimos tiempos ha observado la delincuencia organizada en el país ha motivado la adopción de nuevas estrategias político-criminales, algunas de las cuales han sido planteadas en instrumentos internacionales que México ha suscrito, como la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo de 2000. Varias de esas estrategias se encuentran ya adoptadas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996; sin embargo, en el plano internacional se ha insistido en que México aún debe hacer mucho más frente a las recomendaciones contenidas en dichos instrumentos, si es que quiere tener resultados más significativos. Por esa razón, el gobierno mexicano constantemente se ha visto en la necesidad de introducir nuevas estrategias o medidas político-criminales, tanto en la legislación secundaria como en la propia Constitución, siendo las últimas las aprobadas con las reformas constitucionales de 2008.

En efecto, como ya se ha reiterado en éste y en anteriores foros, México llevó a cabo importantes reformas a la Constitución Política en materia de justicia penal y de seguridad pública, las cuales se publicaron en junio de 2008. Si bien lo más trascendente de dichas reformas constitucionales se manifiesta con relación a las bases del nuevo sistema procesal penal, que ahora será predominantemente *acusatorio*, habrá que reconocer que al lado de ellas también se introdujeron algunos *mecanismos especiales*, que tienen como objetivo enfrentar de manera más eficaz a la delincuencia organizada y que se aplicarán sobre todo en la *etapa de la investigación* de los delitos.

b) Entre las medidas político-criminales que se introdujeron en la Constitución en relación con la delincuencia organizada, destacan las siguientes:

- Se definió a nivel constitucional lo que es *delincuencia organizada* (artículo 16).
- Se otorgó al Congreso de la Unión la *facultad de legislar en materia de delincuencia organizada*, así como la de legislar sobre bases de coordinación entre las instituciones de seguridad pública (artículo 16).
- Se reguló el *arraigo* sólo para casos de delincuencia organizada (artículo 16).

- Se previeron las *grabaciones privadas* como medio de prueba (artículo 16).
- Se introdujo la figura del *juez de control* para autorizar medidas cautelares y técnicas de investigación (artículo 16).
- Se reguló la *extinción de dominio* (artículo 22).
- Limitación al derecho de purgar su pena en *centros más cercanos a su domicilio* (artículo 18).
- Creación de *centros especiales* para reclusión preventiva y ejecución de sentencias, y *restricción de comunicaciones* con terceros de inculpados y sentenciados por delincuencia organizada (artículo 18).
- Medidas de *vigilancia especial* para quienes se encuentren en centros especiales (artículo 18).
- *Prisión preventiva oficiosa* para casos de delincuencia organizada (artículo 19).
- *Suspensión del proceso* y de los *plazos para la prescripción* por caso de evasión (artículo 19).
- La autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en *reserva el nombre y datos del acusador* (artículo 20, B, III).
- *Beneficios* al inculcado, procesado o sentenciado que preste *ayuda eficaz* para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada (artículo 20, B, III).
- *Valor probatorio a las actuaciones* en fase de investigación, cuando no puedan ser reproducidas en juicio, o exista riesgo para testigos o víctimas, en casos de delincuencia organizada (artículo 20, B, V).

c) Es claro que algunas de estas medidas eran totalmente innecesarias, como la definición de la delincuencia organizada o la regulación del arraigo en la Constitución, pues todo ello se encontraba ya en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de ahí que la idea de constitucionalizar la medida sólo logró que la nueva regulación encontrara un mayor rechazo. Pero por razón de esos nuevos contenidos constitucionales ahora también queda clara la coexistencia de criterios político-criminales que obedecen a tendencias contrapuestas; por ello, se sugiere que en el *proceso de implementación* del sistema de justicia penal, que se lleva a cabo tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas, esas medidas político-criminales para enfrentar a la delincuencia organizada no queden fuera de consideración. Por el contrario, es necesario que en el diseño y desarrollo del nuevo sistema procesal penal se atienda el problema de la delincuencia organizada y se procure que la política criminal frente a dicho problema no se contraponga

al nuevo sistema procesal penal, sino que se mantenga en equilibrio con el resto del sistema; o, dicho en otras palabras, procurar que el nuevo sistema procesal penal muestre su capacidad de aplicarse, también, a los casos de delincuencia organizada.

2. *Función y límites de la política criminal, del sistema de justicia penal y del derecho penal frente a la delincuencia organizada*

a) Lo anterior plantea la necesidad de destacar tres conceptos importantes que tienen una estrecha vinculación: *política criminal*, *sistema de justicia penal* y *sistema procesal penal*, ya que son manifestaciones del *poder* del Estado generadas principalmente por el fenómeno *delictivo* y la idea de justicia. La primera, la *política criminal*, entendida como la “política” estatal frente al delito, cuyo objetivo primordial es luchar contra él, ya sea previniéndolo y/o reprimiéndolo, a través de medidas o estrategias que, por ello, son caracterizadas como medidas o estrategias *político-criminales*, comprende a su vez al sistema penal y al derecho penal y procesal penal, entre otros aspectos. Es decir, entre las estrategias o medidas político-criminales destacan las “represivas” de carácter penal, que en su conjunto conforman el sistema penal, en el cual, a su vez, se encuentran la legislación penal (sustantiva, procesal y de ejecución), la procuración y la administración de justicia y, por ende, todo el sistema procesal penal. El *sistema de justicia penal*, entonces, con independencia de que también puede cumplir funciones preventivas, en esencia constituye la parte represiva o dura de la política criminal, pues aun cuando dicho sistema también encierra la idea de justicia, ésta va necesariamente vinculada a la idea del castigo y, por tanto, a la idea de perseguir, reprimir y retribuir a quien transgrede la norma penal.

Ahora bien, siendo la política criminal y el sistema de justicia penal manifestaciones del ejercicio del *poder* del Estado frente al fenómeno delictivo, ellos pueden ser analizados desde diversas perspectivas y con distintos alcances, sobre su *legitimación* y los *límites* del poder penal, sobre los criterios o principios en que debe sustentarse su ejercicio, sobre los tipos y las características de las medidas político-criminales y sobre si esas medidas o estrategias político-criminales resultan funcionales o no, entre otras cuestiones. Y dado que en el ejercicio del poder penal no siempre se observan límites, o con frecuencia se incurre en extralimitaciones, surge la necesidad de que se precisen los alcances de dicho poder y, por ende, de la política criminal y del sistema penal, dependiendo de las exigencias del tipo de Estado de que se trate.

b) Al circunscribirnos a México, para determinar los límites o alcances de la política criminal y de sus medidas o estrategias, habrá que partir de sus bases constitucionales y del tipo de Estado que éstas diseñan. Por ello, habrá que decir que la política criminal y el sistema penal mexicanos, según se deriva de la Constitución Política, deben responder a exigencias democráticas del Estado de derecho; consecuentemente, las diversas medidas o estrategias político-criminales deben igualmente ajustarse a tales exigencias. Pero todo parece indicar que en torno al problema de *cómo* enfrentar a la delincuencia organizada y de *cuáles* deben ser las estrategias o acciones para luchar eficazmente contra ella, no se ha podido mantener la congruencia ideológica, sobre todo en relación con ciertos mecanismos aplicables durante la investigación de los delitos —como es el caso de algunas medidas cautelares o de ciertas técnicas de investigación—, respecto de los cuales ha habido rechazos, por considerar que ellos posibilitan un ejercicio extralimitado del poder y, por ello, la afectación de derechos procesales.

La anterior situación ha motivado que con frecuencia se escuche que la reforma constitucional ha generado bases para *dos* sistemas procesales: uno *garantista*, para la delincuencia tradicional o común, y otro *no garantista*, propio del llamado “derecho penal del enemigo”, para la delincuencia organizada. Afirmaciones como éstas requieren ser analizadas con cierto detenimiento, para ver si son acertadas o no, o si sólo se trata de manifestaciones hechas con cierta ligereza, que únicamente expresan la idea de cuestionar por cuestionar o de tomar una posición que parece cómoda frente a los derechos humanos, pero que no reflejan la realidad del objetivo de la reforma y del contenido formal de la misma, y mucho menos que se planteen la existencia de un sistema penal que también resulte *funcional*. Por razones de las características de esta exposición, por ahora no me ocuparé de esa cuestión; sin embargo, brevemente diré que la Constitución no hace esas distinciones, es decir, ella no habla ni de dos sistemas procesales ni de dos procesos penales, con bases y características diferentes; por el contrario, el nuevo artículo 20 constitucional, en donde por regla general se consagra el mayor número de derechos y garantías procesales, claramente establece que “*el proceso penal será acusatorio y oral*” y que se regirá por ciertos principios, sin hacer distinción alguna. Es decir, sin importar el delito de que se trate, el proceso será en todo caso “acusatorio y oral”, y ninguno de los principios señalados está excluido de ser observado en casos de delincuencia organizada.

c) No obstante lo anterior, debe reconocerse que, al lado de las bases del nuevo sistema procesal penal, con la reforma constitucional de 2008 también se introdujeron algunos *mecanismos especiales* para luchar de manera más eficaz contra la delincuencia organizada, atendiendo a los rasgos carac-

terísticos de ésta y a las exigencias para su investigación, como ha quedado señalado. La introducción de estas medidas especiales, que incluso podrían considerarse *excepciones* a la regla, se aplican en su mayoría en la etapa de investigación de los delitos, otras en la de ejecución de las penas, mientras que muy pocas en el proceso propiamente dicho, tal como sucedió en 1996, en que idénticas medidas se previeron en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), las que sin duda desde entonces eran diferentes a las que tradicionalmente se aplicaban en el procedimiento penal, pero sin que trastocaran la esencia del proceso. Es decir, la mayoría de las medidas que ahora se subieron a la Constitución ya se encontraban en la citada ley federal, pero sin que ellas hubiesen implicado el establecimiento de dos sistemas procesales contrapuestos.

En otros términos, la presencia de esas estrategias político-criminales para la delincuencia organizada, que obedece a los rasgos característicos de ésta y a las exigencias de su investigación, ciertamente representa la adopción de medidas más severas o drásticas que las establecidas para la delincuencia común, que sin duda implican restricciones o limitaciones de ciertos derechos y que, por ello, justifica hablar de la coexistencia de criterios político-criminales contrapuestos, pero sin que ello sea determinante para apartarse de los principios y garantías propios del sistema procesal acusatorio. Por ello, desde que apareció la citada LFDO resaltamos el peligro que existía de que las excepciones se pudieran convertir en regla, si luego eran ampliadas a los casos de delincuencia tradicional o común; por lo que se sugería que dichas medidas debían limitarse sólo a los casos de delincuencia organizada y que el ámbito de este tipo de casos se mantuviera bastante reducido; situación que hasta ahora se había mantenido. Pero, dado que nunca faltan las tendencias autoritarias a la hora de diseñar un modelo procesal, para evitar que en la práctica se dé una separación de sistemas procesales, o que el nuevo sistema procesal se vea invadido por los criterios especiales o de excepción, se sugiere que en el proceso de su *implementación* y de su desarrollo en la legislación procesal penal federal se procure lograr el mayor equilibrio entre la posición garantista y la que tiene que ver con la funcionalidad del sistema. Lo anterior quiere decir que, en la implementación del sistema procesal penal que toma en consideración el problema de la delincuencia organizada como uno de sus objetivos, no se puede optar sólo por alguno de los extremos, mucho menos por un extremo predominantemente autoritario o totalitario, en el que sólo importan los resultados pero en el que las garantías no tienen importancia alguna. Pero habría que ver, también, si tiene algún sentido el optar por un sistema exclusivamente garantista, sin importar si dicho sistema cumple o no con su función, sin im-

portar si ese sistema está en condiciones de posibilitar el ejercicio amplio de los derechos consagrados en la Constitución y que las garantías procesales se hagan realidad. El construir un sistema penal que pueda lograr esos diferentes objetivos que entran en consideración, constituye sin duda un gran reto, ya que con él se puede también contribuir en el fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

3. *Sistema procesal acusatorio y delincuencia organizada (a propósito de observaciones en torno al nuevo sistema de justicia penal de Chihuahua)*

a) La reforma al sistema procesal penal debe igualmente atender las exigencias y expectativas de la sociedad y tratar de remontar su pérdida de credibilidad social. En efecto, como se ha dicho, a raíz de los acontecimientos violentos en distintas partes del país, pero sobre todo en la zona norte, desde el propio ámbito oficial (SG y PGR) se han formulado fuertes y puntuales consideraciones en torno a la concepción y a la forma de funcionar del *nuevo sistema de justicia penal*, concretamente en el estado de *Chihuahua*, que ha sido punta de lanza en este proceso, afirmándose que dicho sistema no ha podido contener a la violencia con la que ahora se manifiesta la delincuencia organizada. Se cuestiona si, de acuerdo con los resultados que se están obteniendo, la forma en que el sistema procesal penal se está transformando se corresponde o no con lo que la ciudadanía espera del sistema penal, sobre todo desde la perspectiva de las víctimas u ofendidos del delito. Asimismo, se ha cuestionado si el sistema penal tiene algo que ver con el problema de la delincuencia y de la inseguridad que provoca, o si eso es tarea sólo de otras medidas. En torno a esta interrogante se encuentran opiniones en diferente sentido, siendo una de ellas la que considera que el problema de contener al delito (sea violento o no) corresponde a otro tipo de medidas político-criminales pero no al sistema penal y, por ello, tampoco al sistema procesal penal acusatorio y oral. Estos cuestionamientos y posiciones nos hacen reflexionar sobre la *función* que corresponde al derecho penal y a todo el sistema de justicia penal, y si esa función tiene algo que ver con el fenómeno delictivo y la inseguridad que aquél provoca.

Sobre este punto, habrá que recordar que uno de los principales motivos que determinaron la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública ha sido justamente el problema de la inseguridad ciudadana provocada por la delincuencia; afirmándose que la nueva reforma constitucional que ahora se implementa tendrá positivos rendimientos y que en su conjunto también incidirá para garantizar seguridad para los mexi-

canos frente al delito. Por ello, la sociedad espera que la reforma produzca ese efecto, como lo ha esperado respecto de otras tantas reformas que hasta ahora se han hecho al sistema penal; y, sin duda, es momento de demostrar que efectivamente el sistema de justicia penal sirve para algo.

En virtud de lo anterior, en el proceso de implementación debe tenerse presente la función político-criminal que corresponde al derecho penal y a todo el sistema de justicia penal, así como lo que la sociedad espera de él y lo que el propio sistema penal está en condiciones de proporcionar en una sociedad democrática. Y si bien el derecho penal tiene o puede tener una función de gran importancia, es claro que en una sociedad democrática el derecho penal no puede ser el único instrumento con que puede contar el Estado para garantizar la protección de sus bienes jurídicos y proporcionar seguridad a sus ciudadanos; habrá que reconocer, entonces, que sus alcances son modestos.

b) Como he dicho antes, el *derecho penal* no es sino uno de los medios por los que la política criminal trata de lograr su objetivo; por ello, el tema que nos ocupa nos vincula necesariamente con algo de mayor alcance, que es la *política criminal*, y nos obliga a analizar su función, sus rasgos característicos, su orientación filosófica y sus límites en un Estado democrático de derecho. Y aun cuando parezca demasiado obvio, habrá que decir que la política criminal tiene como objeto central de atención a la criminalidad, en sus manifestaciones más diversas, y su objetivo fundamental es enfrentarlo o luchar contra él, para evitar sus consecuencias negativas con relación a los *bienes jurídicos* que resultan o pueden resultar afectados. Por ello, habrá también que precisar cómo puede lograr ese objetivo, y la opinión prevaleciente es que se puede luchar contra el delito reprimiéndolo o previniéndolo, pudiendo colocarse en alguno de esos extremos o combinar ambos tipos de estrategias político-criminales. Pero, por otra, también a la política criminal le corresponde diseñar y revisar sus propios medios y métodos con los cuales puede alcanzar sus objetivos y procurar que ellos resulten funcionales; entre dichos medios se encuentra el derecho penal y todo el sistema de justicia penal que en torno a él se ha construido.

Entonces, si partimos de la base de que el central objeto de atención de la política criminal es el *delito*, habrá que admitir que éste es un fenómeno que se da en la realidad social, pero cuya caracterización formal no la tiene de por sí o previamente dada, sino que es producto de la voluntad y de las *valoraciones* del legislador, a quien corresponde la función de crear los tipos penales y las punibilidades; es decir, depende del legislador y, por tanto, de su decisión política —*política criminal legislativa*— que una determinada conducta sea formalmente considerada delictiva y que tal es la sanción a

imponer. Pero en la política criminal del Estado democrático de derecho no es admisible la existencia de un legislador omnipotente que crea tener un poder absoluto y que piense que todo lo puede prohibir u ordenar a través de las normas penales, o que todo lo puede penalizar, sino de un legislador cuyo ejercicio del poder se encuentra sujeto a una serie de *límites* que, a su vez, obedecen a consideraciones diversas, como la de los *derechos humanos*, entre otras. Por lo tanto, quien toma decisiones políticas en esta materia, como es el legislador, en el ejercicio de su potestad punitiva tiene que observar ciertos criterios o principios fundamentales, cuya función es limitar ese poder y garantizar derechos del individuo frente a su ejercicio.

Conforme a esos principios, el legislador no puede caracterizar como delictivo o punible lo que se le antoje, sino sólo *conductas humanas* que afecten gravemente a *bienes jurídicos* de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad, en tanto que otros medios no han resultado suficientes para ello. Y, por razón de los mismos principios, el legislador —de quien también depende el establecer en la ley el tipo de *sanción* a imponer— debe establecer *penas racionales* (y *proporcionales*), atendiendo a la importancia del bien jurídico y a la trascendencia de su afectación, así como a los propios fines que se le atribuyen a las penas; por lo que, si su punto de referencia lo es el Estado democrático de derecho, no es admisible que el legislador establezca *penas irracionales* —como sería la cadena perpetua o la pena de muerte—, como tampoco es aceptable que frente a los diversos conflictos sociales el derecho penal sea el recurso más socorrido para tratar de darles solución. En otras palabras, en el Estado democrático de derecho no es admisible la idea de utilizar al derecho penal como un recurso de *prima ratio* ni como un instrumento de dominación para someter al hombre, ni mucho menos que vivamos bajo el *terror penal*, sin la posibilidad de hacer uso de recurso alguno para contrarrestarlo; por el contrario, el derecho penal debe ser visto como un instrumento de protección y, por ende, al servicio del hombre; por lo que, en todo uso que se haga de él debe estar presente el objetivo central que con él se quiere alcanzar.

c) Ahora bien, dado que el derecho penal material no puede lograr su objetivo por sí mismo, se requiere que su aplicación se lleve a cabo de determinada forma, en que se observen ciertas formalidades, para evitar que el ejercicio del *ius puniendi* se extralimite; de ahí que se requiera también de un determinado procedimiento, que es el *procedimiento penal*, para permitir que el inculcado o procesado pueda hacer valer sus derechos, así como para procurar que el culpable no quede impune y que se proteja al inocente, entre otros objetivos. Por ello, surge igualmente la necesidad de diseñar el *tipo* de procedimiento que pueda responder a esos objetivos y a las exigencias

del Estado democrático de derecho, ya que no todo procedimiento penal funciona de la misma forma o se rige por los mismos principios. En efecto, el procedimiento puede ser *uno* que garantice que todo ciudadano tenga acceso a la justicia, que todo inculgado cuente con la defensa necesaria y adecuada y, además, que garantice que el ejercicio del poder penal no se extralimite; o bien *uno* que posibilite un ejercicio sin límites o arbitrario de la potestad punitiva, que no garantice el derecho de defensa y demás derechos del ciudadano. Es decir, puede ser un procedimiento que responda a exigencias *democráticas* o a exigencias *autoritarias*. De ahí la importancia de precisar el *tipo de sistema procesal penal* que debe regir en el ámbito de la justicia penal mexicana, ya que el procedimiento penal constituye de alguna manera el *sismógrafo de la Constitución*, y a partir de esa precisión se determinan también las funciones de las distintas partes procesales (acusador, defensor y juzgador), así como de sus alcances y la forma en que cada una debe desarrollar dicha función. De ahí la distinción entre sistemas inquisitivos y acusatorios, y la opinión predominante de que el *sistema procesal acusatorio* es el que más se ajusta a las exigencias del Estado democrático de derecho, por considerar que se sustenta en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y, por ello, reconoce límites a la potestad punitiva del Estado.

México optó desde la Constitución de 1917 por el *sistema procesal acusatorio*, con el propósito fundamental de fortalecer el Estado de derecho y, con ello, fortalecer las instituciones del sistema de justicia penal; sin embargo, su implementación no logró desarrollarlo cabalmente, generándose un *sistema mixto*, por contener rasgos acusatorios e inquisitivos, que han prevalecido hasta ahora. Por ello, se puede afirmar que la reforma constitucional de junio de 2008 optó por un sistema procesal penal “predominantemente acusatorio”, sobre la base de que no hay sistemas puros. Y si bien ahora las bases han quedado precisadas con mayor claridad en la ley fundamental, se espera que ellas sean ahora debidamente implementadas y se desarrollen igualmente con bastante precisión en la legislación procesal penal que habrá de darse origen, para que sus objetivos efectivamente se alcancen, y para que no suceda lo que con relación a la reforma constitucional de 1917.

Como es sabido, algunas legislaciones procesales locales se adelantaron a la reforma constitucional, adoptando el sistema procesal acusatorio y estableciendo los juicios orales, como fue el caso de Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca, Estado de México, mientras que otros lo hicieron inmediatamente después de aprobada la reforma (como Morelos, Zacatecas, Durango, Baja California), siendo la más destacada la del estado de Chihuahua; algunos de ellos, al no contarse aún con las bases constitucionales en el sentido que finalmente se fijaron, se guiaron por modelos legislativos de otros países,

como el de Chile, que si bien establece el sistema acusatorio y oral, no necesariamente cuenta con las mismas bases constitucionales; por ello, han tenido que hacer ajustes a sus sistemas. Mientras tanto, se han aplicado algunos mecanismos procesales con ciertos alcances que no obedecen a nuestras realidades y a nuestras exigencias de justicia, como es el caso de los procedimientos abreviados o de las llamadas salidas alternas, así como la aplicación de criterios de oportunidad, cuyo uso ha traído como consecuencia, por una parte, que el juicio oral deje de ser un objetivo central del proceso y se convierta en algo secundario o excepcional y, por otra, que se ha generado la idea de la “puerta giratoria” y la sensación de impunidad. Es decir, en la forma de concebir y aplicar el sistema procesal acusatorio se ha privilegiado la idea de la *celeridad* y se ha desatendido lo esencial del sistema: que el proceso se desarrolle en la forma constitucionalmente prevista y que cumpla con el objetivo previsto en la ley fundamental. Asimismo, existe la sensación de que se olvida, por una parte, la función que se le atribuye al derecho penal y, por otra, la función que corresponde al procedimiento penal; es decir, pareciera olvidarse que la función prioritaria del derecho penal —y de todo el aparato que conforma el sistema penal— es la de proteger *bienes jurídicos* —individuales o colectivos— frente al delito, ya sea que éste forme parte de la delincuencia convencional o de la delincuencia organizada.

d) Pero sucede que a la situación anterior se agrega el hecho de que, precisamente en Chihuahua, el problema de la violencia provocada por la delincuencia organizada se ha recrudecido, coincidentemente cuando el nuevo sistema procesal penal de dicho estado se encuentra en la perspectiva de ser el modelo a seguir. Por ello, ya sea que se la vea como algo oportuno o como algo desafortunado, no hay duda que las observaciones hechas por el entonces secretario de Gobernación, Fernando Gómez Mont, en el sentido de que la forma en que se estaban implementando las reformas procesales no era la más adecuada para contener la violencia provocada por la delincuencia organizada, resultaban acertadas. Esas afirmaciones, por supuesto, no debían ser entendidas —como algunos así lo entendieron— en el sentido de que el secretario estuviese en contra del sistema procesal acusatorio y oral —pues debe recordarse que él impulsó la reforma constitucional—, sino en contra de la forma en que se le ha concebido y aplicado principalmente en Chihuahua. Y aun cuando dicho sistema ha sido objeto de amplias reformas en 2010, precisamente para superar la idea de la llamada *puerta giratoria*, es evidente que ellas por sí solas no son suficientes para enfrentar el problema, además de que la delincuencia organizada es un problema principalmente de competencia federal.

Por lo tanto, siendo la delincuencia organizada un problema casi exclusivo de la competencia federal, como se deriva de la propia reforma constitucional, las medidas y estrategias político-criminales para enfrentarla de manera más eficaz deben ser diseñadas precisamente por el gobierno federal. Y si bien una parte muy importante de esas estrategias corresponden al sistema penal y procesal penal, lo que obliga que la implementación del sistema de justicia penal en el ámbito federal cuente con la más amplia y coherente visión, sobre todo a la hora de determinar los contenidos de la legislación procesal penal, es claro que no toda la carga del problema habrá que colocarla en los hombros del sistema de justicia penal, porque entonces de antemano estaríamos garantizando su fracaso. La política criminal frente a la delincuencia organizada —como frente a la delincuencia en general— exige, por una parte, una *visión integral* del problema y, por otra, la adopción de un complejo de medidas; por lo que éstas no pueden limitarse únicamente a las medidas represivas de carácter penal sino que deben comprender principalmente las *medidas de prevención* de carácter no penal. Pero, en tanto que por ahora aún tienen preferencia las medidas represivas, habrá que demostrar al menos que el sistema procesal acusatorio y oral tiene también la capacidad de atender los casos de delincuencia organizada.

e) Por ello, ante las circunstancias actuales de cómo se maneja la política criminal frente a la delincuencia organizada, sólo me limito a hacer las siguientes sugerencias para diseñar y poner en práctica una nueva estrategia frente a la delincuencia organizada en México:

- 1) *Reconocer la gravedad del problema de la delincuencia organizada en México*, a partir del conocimiento: del desarrollo del fenómeno delictivo en distintas zonas del país; de sus diversas manifestaciones; de las diferentes organizaciones delictivas que hay y de sus vinculaciones con otras organizaciones delictivas nacionales o de otros países; de sus formas características de actuar; de su infiltración en las distintas esferas del sector público, sobre todo de las fuerzas de seguridad; de las características de sus miembros; del gran sentimiento de inseguridad que ha provocado en la sociedad mexicana; de las causas que la generan o propician su desarrollo, etc.;
- 2) *Partir de la base de que la delincuencia organizada:*
 - a) Es un problema complejo y *multifactorial*, y que es necesario conocer sus diversas *causas* para determinar las medidas que habrán de adoptarse; es decir, habrá que poner énfasis en los *factores causales*

- de la criminalidad, reconociendo su relación con los problemas sociales, políticos, económicos, laborales, culturales, etcétera.
- b) No sólo es un problema local o nacional, sino un problema de *carácter trasnacional*, en virtud de que trasciende las fronteras nacionales y tiene consecuencias muy graves que importan a la comunidad internacional.
 - c) Es un fenómeno que, a su vez, se ha agravado por el desarrollo de la *globalización* en distintos ámbitos de la vida (social, económica, cultural, jurídica), y que,
 - d) Al ser un fenómeno que se ha *internacionalizado*, también ha motivado reacciones político-criminales diversas, que han llevado igualmente a la *internacionalización de la política criminal y del derecho penal*, generándose diversos instrumentos internacionales en la materia, que también vinculan a México.
- 3) *Reconocer que las estrategias político-criminales hasta ahora aplicadas, o la forma en que han sido aplicadas, han resultado poco o nada funcionales*, como lo muestra, por ejemplo:
- a) El *incremento* de la delincuencia organizada en sus manifestaciones más diversas: narcotráfico, tráfico de armas, secuestro de personas, etcétera.
 - b) La *impunidad* de miembros de las organizaciones delictivas, de sus cómplices y de quienes los encubren, que parece revelar complacencia de parte de quienes tienen la función de enfrentarlas.
 - c) La *infiltración* de las organizaciones delictivas en esferas de las fuerzas de seguridad.
 - d) El alto grado de *corrupción* en las corporaciones policiacas y en los distintos sectores del sistema de justicia penal y de seguridad pública, que a su vez posibilita la infiltración y la impunidad, sin que se observe acción alguna para combatirla.
 - e) El bajo índice de *averiguaciones previas, procesos y sentencias* en contra de servidores públicos involucrados en casos de delincuencia organizada o en actos de corrupción, lo que revela el alto grado de *impunidad*.
 - f) En cambio, alto número de *bajas* dentro de las propias fuerzas policiales o de las fuerzas armadas, producto de enfrentamientos con organizaciones delictivas o de ejecuciones por parte de éstas, etcétera.

- 4) *Admitir que el involucramiento de las fuerzas armadas en la lucha contra la delincuencia organizada:*
- a) No ha sido ni es la estrategia más conveniente, pues no implicar una lucha más eficaz contra la delincuencia y, en cambio, redundar en el desprestigio innecesario de la institución.
 - b) No es recomendable su intervención en *acciones persecutorias*, por no tener la función y el perfil para ello; es admisible, en cambio, su participación en *acciones preventivas*, cuyos alcances deben precisarse en la ley.
- 5) *Reconocer que hasta ahora no ha habido una política criminal integral y coherente frente a la delincuencia organizada, como tampoco frente a la delincuencia tradicional, es decir, frente a la delincuencia en general; de ahí que dichas medidas hayan resultado poco funcionales, porque:*
- a) Ha faltado un aspecto fundamental de la política criminal, que es la *política de prevención general del delito*, habiéndose dado hasta ahora mayor peso a la *política de represión*.
 - b) La política criminal ha sido *parcial* y meramente *circunstancial o coyuntural*, que al poco tiempo ha mostrado su falta de resultados y, por ende, nuevamente ha sido objeto de reformas.
 - c) La política criminal es *pendular* en cuanto a su *orientación filosófico-política*; a veces se ajusta a exigencias del Estado democrático de derecho y, en ocasiones, se aparta de ellas y responde más a exigencias autoritarias.
 - d) La política criminal nacional no siempre se corresponde a las exigencias de la *internacionalización o globalización* de la delincuencia ni a las recomendaciones de instrumentos internacionales sobre la materia.
- 6) *Convenir en que, por razón de lo anterior, es ineludible y urgente rediseñar y reorientar la política criminal para que sea más eficiente frente a la delincuencia organizada; debe generarse una política criminal que contenga estrategias que efectivamente garanticen enfrentarla de manera eficaz y dentro de los límites del Estado democrático de derecho.*