

## LA SUSPENSIÓN INDIVIDUAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

Carlos MÖLLER

SUMARIO: I. *Terrorismo, seguridad y derechos fundamentales: la suspensión individualizada de derechos y garantía en el combate al terrorismo en Europa occidental durante la segunda mitad del siglo XX.* II. *El combate al terrorismo después del 11 de septiembre de 2001.* III. *Medidas de excepción, combate a la delincuencia organizada y política criminal en México.* IV. *El ocaso del garantismo y el surgimiento de un nuevo Estado policial.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

La preocupación de la comunidad internacional por el combate a la delincuencia organizada y en especial al terrorismo, se ha visto intensificada a partir de los ataques del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos. Sin duda, el terrorismo internacional es una amenaza real contra la subsistencia del Estado democrático; sin embargo, uno de los medios que se han utilizado para combatirlo es la restricción de derechos fundamentales y sus respectivas garantías jurisdiccionales. Desafortunadamente podemos afirmar con certeza que este tipo de legislación ha sufrido una expansión aún más significativa que el mismo fenómeno del terrorismo y que constituye uno de los retos más importantes que deberá afrontar el Estado constitucional en los años venideros.

I. TERRORISMO, SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES:  
LA SUSPENSIÓN INDIVIDUALIZADA DE DERECHOS Y GARANTÍA  
EN EL COMBATE AL TERRORISMO EN EUROPA OCCIDENTAL  
DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

A partir de la década de los setenta en no pocos países del viejo continente se registró un incremento en la actividad de grupos terroristas poniendo en peligro la seguridad de un amplio sector de la población. En el Reino Unido por la acción del *Irish Republican Army* (IRA), y del *Ulster Volunteer Force* (UVF), en Alemania con la denominada *Bande Baader-Meinhof* y el movimiento 2 de junio, en Italia a partir de la actuación de grupos terroristas como las Brigadas Rojas y por último en España, con los atentados de ETA.<sup>1</sup>

Derivada de esta situación, las constituciones de países como Alemania<sup>2</sup> y después la de España,<sup>3</sup> introdujeron en sus leyes fundamentales mecanismos que permiten suspender individualmente determinados derechos con el objeto de facilitar las investigaciones por delitos de terrorismo, adoptando en su texto una figura nueva para el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX: la suspensión individualizada de derechos y garantías.<sup>4</sup> Aunque cabe decir que el primer antecedente contemporáneo de esta insti-

<sup>1</sup> Remotti Carbonell, José, *Constitución y medidas contra el terrorismo; la suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, Colex, 1999, nota 1, p. 43.

<sup>2</sup> En Alemania, la ley fundamental de Bonn prohíbe en un principio la imposición de leyes que afecten, limiten o suspendan derechos en forma directa o mediante su aplicación, que puedan tener un carácter individual, como lo señala el artículo 19. Sin embargo, dicha disposición constitucional se ve matizada por la propia ley fundamental en sus artículos 10 y 18, los cuales autorizan la suspensión individual de ciertos derechos fundamentales, para la defensa de la seguridad de un Länd. Véase Remotti Carbonell, José, *Constitución y medidas contra el terrorismo; la suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, Colex, 1999, p. 43.

<sup>3</sup> En España, en el artículo 55.2 constitucional se prevé una medida de desarrollo potestativo, de aplicación excepcional, de carácter individual y suspensivo de cierta manera limitado, restringida a las investigaciones por la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. Sus antecedentes se remontan a 1975 con el Decreto-Ley 10/1975 del 26 de agosto, por lo que los orígenes de esta institución en el país tienen su origen en la época franquista.

<sup>4</sup> La suspensión de derechos y garantías o derecho de derogación —como es conocido en el ámbito europeo— la podemos definir como Una institución jurídica, que tiene como objetivo restringir o limitar el disfrute de ciertos derechos fundamentales relacionados esencialmente con el procedimiento penal para facilitar las investigaciones relacionadas con la comisión de delitos que afecten o pongan en peligro la subsistencia y normal desarrollo del Estado constitucional y democrático.

tución lo encontramos en el Reino Unido. De aquí que el origen de este tipo de suspensión se ubique en la tradición de la *common law*.

Ferrajoli explica que las líneas de desarrollo y los contenidos de este derecho han sido esencialmente tres: primero, la prevención especial *ante iudicium* y/o de policía judicial contra “sospechosos”; en segundo lugar, las funciones auxiliares del proceso que han sido favorecidas en los ordenamientos continentales por el carácter mixto del método procesal; finalmente, el derecho de excepción *extra legem*, inspirado en la razón de Estado cuando no en más contingentes razones políticas de control social.<sup>5</sup>

La mundialización de esta medida se hace patente en regiones como el medio oriente donde desde la segunda entifada, en septiembre de 2000, el gobierno israelí ha implantado medidas represivas contra el pueblo palestino consistentes en múltiples restricciones a los derechos de libertad de asociación y de tránsito principalmente, por razones de seguridad a raíz de ataques terroristas contra población civil hebrea. No obstante, la legalidad, legitimidad, así como la proporcionalidad de las medidas sea ampliamente discutida por la comunidad internacional.<sup>6</sup>

Doctrinalmente existe una fuerte controversia en cuanto a la legitimidad de estas medidas ya que su carácter materialmente excepcional se contraponen al esquema constitucional de la normalidad, trasgrediendo, a su vez, uno de los principios básicos de toda ley: la generalidad, ya que esta suspensión está enfocada a individuos específicos, sin que a éstos se les haya podido comprobar la comisión de algún delito o falta administrativa, contraponiéndose a no pocos principios del garantismo penal, entre los que encontramos el principio de *nulla poena sine iudicio*; el de presunción de inocencia y el principio de carga de la prueba o de verificación, *nulla accusatio sine probatione*.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, Bobbio, Norberto (prol.), *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2002, p. 767.

<sup>6</sup> Esta situación ha sido documentada por organizaciones no gubernamentales israelíes como B'Tselem (dignidad humana en hebreo), y organizaciones internacionales como Human Rights Watch y Amnistía Internacional.

<sup>7</sup> El jurista español Pedro Cruz Villalón centra su crítica a esta figura jurídica en dos aspectos fundamentales: la posibilidad de que ésta no se aplique dentro de una temporalidad claramente definida y su carácter individual. Destinándose a que esta institución como el mismo autor afirma se incorpore al panorama constitucional cotidiano, como ejemplo señala que en España, la suspensión de derechos y garantías se encuentra regulada por la ley de enjuiciamiento penal, cuya nota característica es la ampliación del plazo de 72 horas en tanto la autoridad administrativa (preventiva) para poner a disposición judicial al sospechoso y

La discusión en cuanto a la aplicación continuada de estas medidas para coaccionar la comisión de delitos y no propiamente para evitar, combatir y remediar situaciones excepcionales en su más estricto sentido, constituye el punto más polémico de la misma, más aún, cuando una primer característica de este tipo de legislación en cuanto a su temporalidad es su carácter eminentemente facultativo y no preceptivo.<sup>8</sup> Según la resolución 25/1981 del Tribunal Constitucional Español.

Las medidas que conllevan éste tipo de suspensión de derechos y garantías, por lo regular suelen centrarse en dos tipos de derechos fundamentales: los de libertad y seguridad, y los relativos a la privacidad de las comunicaciones. En cuanto a los primeros, las prerrogativas que pueden verse afectadas entran en relación con una prolongación de tiempo de la detención preventiva (gubernativa), pueden ampliarse los plazos por horas o inclusive por días enteros como llegó a suceder en España o como actualmente sucede en México en los casos de delincuencia organizada, en donde es posible duplicar el plazo de 48 horas de detención por parte del Ministerio Público según lo dispone el artículo 16 constitucional, párrafo séptimo. En cuanto a los segundos, la principal afectación a los derechos del sospechoso son en relación con escuchas telefónicas o cualquier tipo de comunicación por medios electrónicos, como lo prevé la Constitución mexicana en su artículo 16, párrafo noveno.

Mas esta legislación como explicábamos no sólo es adoptada en Europa, en Estados Unidos, a raíz de los ataques del 11 de septiembre, el Congreso ratificó el 26 de octubre de 2001, la *USA Patriot Act*, (Ley Patriótica de los Estados Unidos de América), previéndose una serie de medidas para combatir al terrorismo, constituyendo, éste, el último capítulo en el desarrollo de esta figura jurídica a nivel internacional.<sup>9</sup>

en lo referente a cateos y comunicaciones; incorporándose así esta legislación con carácter excepcional a las leyes ordinarias aplicables en el Reino de España. Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 155.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>9</sup> Cabe decir que aun la Suprema Corte de los Estados Unidos no ha examinado la constitucionalidad y la consecuente proporcionalidad de las medidas previstas en esta ley, que permite el arresto hasta por 6 meses a individuos de los que se sospeche la comisión o probable comisión de algún acto de terrorismo.

## II. EL COMBATE AL TERRORISMO DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Desde el último lustro del siglo XX, el terrorismo se ha ido convirtiendo en un fenómeno sin fronteras, tanto en su planificación, como en los objetivos de sus operaciones, pueden afectarse uno o varios países en busca de diversos fines. No obstante, no es sino a partir de los ataques del 11 de septiembre de 2001 que en todo el mundo este tema ocupa un lugar privilegiado en la agenda de seguridad internacional.<sup>10</sup>

Las consecuencias más graves de los atentados realmente se han dado a raíz del combate por parte del Estado constitucional y democrático a estas actividades por diversos medios, muchos se alejan de sus mismos principios, por medio de la violación sistemática a los derechos fundamentales. Estas medidas en el corto plazo son las que repercutieron en el endurecimiento de las leyes penales antiterroristas en especial en los Estados Unidos, y en algunos otros países europeos, asiáticos y del continente americano, apoyándose en métodos extra-judiciales como detenciones ilegales y de prácticas discriminatorias en contra de la población árabe y musulmán. Ronald Dworkin ha señalado que Al-Qaeda el 11 de septiembre a parte de causar la caída de las Torres Gemelas en Manhattan, propició que el gobierno estadounidense crearía leyes, adoptará políticas y estipulará procedimientos inconsistentes con los valores del sistema constitucional de los estadounidenses hubiesen sido impensables anteriormente a estos acontecimientos.<sup>11</sup>

En cuanto a este marco normativo, encontramos en primer lugar a la “Ley para unir y fortalecer a Estados Unidos de América mediante la provisión

<sup>10</sup> Ortega Ortiz, Reynaldo Yunuen, *La crisis del 11 de septiembre y sus repercusiones para México*, ponencia ofrecida el 1 de octubre de 2001, El Colegio de México. Las consecuencias inmediatas de los ataques fueron de múltiples características, la más notoria fue la gran pérdida de vidas humanas y la caída de un símbolo de los Estados Unidos y del capitalismo mundial: el World Trade Center. En el ámbito político-militar se colocaron en alerta máxima a las fuerzas armadas de Estados Unidos, y si bien no se cerró la frontera sur de aquel país, la revisión se hizo mucho más estricta, se cerraron aeropuertos y los vuelos internacionales hacia Estados Unidos los días posteriores al atentado se desviaron hacia Canadá. En términos económicos se cerraron los mercados financieros en el país más poderoso económica y militarmente del mundo hasta el lunes 24 de septiembre.

<sup>11</sup> *Cfr.* Dworkin, Ronald, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, 28 de Febrero 2002. Url. <http://www.nybooks.com/articles/15145> consultado el 11 de septiembre de 2002.

de las herramientas requeridas para interceptar y obstruir el terrorismo” mejor conocida como la “Ley Patriótica de los Estados Unidos de América 2001”.<sup>12</sup> En su contenido, esta ley ha estipulado una serie de medidas relativas a la prevención del terrorismo, sobre todo en materia de control de financiamiento a estas organizaciones y de interceptación de telecomunicaciones, reforzando el poder para investigar por medio de previsiones penales especiales;<sup>13</sup> en otras palabras, se instauró una suspensión de derechos y garantías.

En sus primeras líneas la *Patriot Act*, en un intento de auto-legitimarse se realiza una “condena en contra de la discriminación hacia los ciudadanos estadounidenses árabes y musulmanes”. Aunque en ningún momento mencione a los inmigrantes, es decir, a los no nacionales de aquel país, sólo se refiere a los estadounidenses, lo cual es una falta grave y puede denotar una política migratoria restrictiva y racista, tal y como se ve reflejada con la persiste discriminación a la población asiática y latina que vive y trabaja en Estados Unidos de América sin ser ciudadanos.

La ley en mención, responde a un paradigma discriminatorio propio de los ordenamientos jerarquizados de casta o clase de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico actual.<sup>14</sup> A este modelo Ferrajoli le denomina *modelo de diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identi-

<sup>12</sup> Por su nombre en inglés: *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, H.R. 3162.

<sup>13</sup> Vergottini, Guisepe, “Guerra e Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 1, marzo de 2002, p. 30. La historia del derecho de excepción estadounidense es más larga y fecunda de lo que pudiéramos imaginar en un principio. Las medidas excepcionales se han aplicado, en ocasiones, de manera por demás polémica, incluso, sin sustento legal o simplemente con el fin de derrocar al adversario político en turno. Entre los presidentes que han llevado a cabo medidas excepcionales encontramos a Abraham Lincoln, Theodore Roosevelt, William Howard Taft, Franklin D. Roosevelt, Richard Nixon y más recientemente George W. Bush. En Estados Unidos, ante los ataques del 11 de septiembre el Congreso ratificó el 26 de octubre de 2001 la USA Patriot Act, (Ley Patriótica de los Estados Unidos de América), en la cual se prevén una serie de medidas para combatir el terrorismo por medio de la restricción y limitación de ciertos derechos y garantías a la población, afectando especialmente los derechos de los no ciudadanos estadounidenses. La técnica legislativa que utiliza esta ley para su implementación consiste fundamentalmente en agregar y suprimir disposiciones al Código de los Estados Unidos, (US Code).

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 74.

dades y en la desvalorización de otras, lo que deriva, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades.<sup>15</sup>

En especial, encontramos a los inmigrantes como un sector de la población especialmente vulnerable.<sup>16</sup>

A su vez, otros países influenciados por la diplomacia estadounidense han puesto en marcha planes de combate al terrorismo que abarcan en ocasiones reformas importantes a las leyes penales.<sup>17</sup> Al respecto, desde ya hace tiempo, la comunidad internacional por medio de organismos como las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Organización de Estados Ameri-

15 *Idem*. Así, encontramos que el hecho de ser ciudadano estadounidense representa un status valorizado, el cual alcanza su escala más elevada en el hecho de que un ciudadano estadounidense sea de raza blanca, no perteneciente a la población negra, latina, árabe o musulmana, la cual se encuentra en un status eminentemente discriminatorio. Este tipo de discriminación se encuentra inserta desde la antigüedad y demuestra que los prejuicios raciales existen aún en democracias consolidadas como la estadounidense y que la institución de la ciudadanía es uno de los principales obstáculos para la consecución, goce y disfrute de los derechos fundamentales.

16 Encontramos un título de especial importancia para los migrantes mexicanos. Así la ley prevé en su título IV “Protecting the border”, medidas para reforzar la seguridad fronteriza, disponiendo triplicar el número de agentes en sus límites con Canadá, previendo a su vez un sistema mayor de seguridad para el trámite de visas. Dentro del mismo tópico en la sección 412, se estipulan provisiones para detener a personas que sean sospechosas de terrorismo, suprimiendo las garantías del *judicial review* y del *habeas corpus*, modificando la ley de inmigración y naturalización de los Estados Unidos y contemplando la detención de migrantes hasta por 6 meses, sin proceso en su contra, si se considera que pueda poner en peligro la seguridad nacional, de la comunidad o de cualquier otra persona (sección 236(A) 6). Implementando a su vez, estrictos controles de supervisión para estudiantes extranjeros que realicen sus estudios en los Estados Unidos de América, por medio de un programa de monitoreo (*monitoring program*) (sección 416).

17 Un ejemplo claro lo encontramos en Alemania, en donde el gobierno federal ha enviado al Congreso un paquete de medidas para prevenir el terrorismo, las cuales tendrán como cometido identificar un nuevo tipo penal que contemple la actividad terrorista a nivel internacional mediante la modificación del Código Penal (artículo 129b) aportando a su vez, nuevas restricciones a la ley de asociaciones de 1964. En Italia, se han adoptado una serie de “Medidas urgentes para reprimir e contrarrestar el financiamiento del terrorismo internacional”, con el decreto ley del 12 de octubre de 2001, núm. 369 y las “Disposiciones urgentes para combatir el terrorismo internacional” con el decreto-ley del 18 de octubre de 2001, número 374 (convertidos respectivamente en ley el 14 de diciembre de 2001, número 431 y el 15 de diciembre de 2001, núm. 438). Estas leyes prevén limitaciones a los derechos fundamentales de los inculpados de manera individualizada para investigar asociaciones que tengan por objetivo perpetrar actos de terrorismo internacional; consistiendo dichas medidas en la investigación por medio de la interceptación de comunicaciones, con una finalidad preventiva. Vergottini, Guisepppe. “Guerra e Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 1, marzo de 2002.

canos han impulsado diversos instrumentos internacionales en solidaridad con los Estados Unidos.<sup>18</sup>

### III. MEDIDAS DE EXCEPCIÓN, COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y POLÍTICA CRIMINAL EN MÉXICO

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada tiene sus orígenes en las reformas constitucionales que facilitaron su creación dentro de un marco parcialmente constitucional. García Ramírez divide este proceso en varias etapas que constan de 1992 a 1996, para posteriormente, en el mismo año, concluir con la promulgación de esta ley.<sup>19</sup>

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO.), la cual tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada con disposiciones de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional,<sup>20</sup> reproduce en gran medida el modelo de “tipo normativo de autor” (*Tätertyp*), siendo su presupuesto general de aplicación una simple cualidad personal determinada caso por caso con criterios puramente potestativos.<sup>21</sup> Estas previsiones, contradictorias con los principios del Estado constitucional y democrático, se basan en la función preventiva por medio de la represión, no atendiendo las causas de fondo de los altos índices delictivos, que es la verdadera forma de

18 Como la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 12 de septiembre de 2001 (S/RES/1368/(2001)) que facilitó el ataque e invasión a Afganistán. Dentro del ámbito de las Naciones Unidas, la preocupación por el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional no es nueva, ya que desde la década de los sesenta se han impulsado desde este foro declaraciones, planes, medidas y resoluciones para enfrentar el flagelo que suponen estos actos delictivos. Dentro de estos documentos internacionales, figura la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 49/159 de 23 de diciembre de 1994, que adoptó la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles (Italia), del 21 al 23 de noviembre de 1994. Respecto al tema de la delincuencia organizada, encontramos a nivel internacional, como instrumento principal a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional aprobada por la Asamblea General en el año 2000. Es así que esta Convención se ha convertido hoy por hoy, en uno de los instrumentos legitimadores de medidas excepcionales en varios países.

19 García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, México, Porrúa, 1997, pp. 37-47.

20 *Cfr. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, artículo 1o.

21 *Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit.*, nota 5, p. 765.

prevenir el delito. La Ley constituye la parte más importante del derecho penal accesorio en México,<sup>22</sup> y aunque deberían regir los mismos principios garantistas para todas las leyes penales, en el caso de esta ley en especial, ella misma, se ha impuesto sus propios límites.

En el derecho comparado como ya mencionábamos anteriormente, las diversas legislaciones nacionales prevén constitucionalmente la implementación de medidas especiales para ampliar las facultades de los órganos de procuración de justicia en la investigación de ciertos delitos graves y muy específicos como el terrorismo. Por su parte, la LFCDO es aplicable para los delitos de terrorismo, narcotráfico, falsificación de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero), acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos; además, distingue y agrava las penas para los que participan en organizaciones delictivas con facultades de decisión; esto es, directores o administradores, previendo castigos menos severos para los que sólo son colaboradores en dichas agrupaciones y eliminando los beneficios penitenciarios a miembros o colaboradores de organizaciones criminales, salvo en el caso de los menores de edad y los colaboradores de la justicia (*sic*).<sup>23</sup> Si bien, como menciona García Ramírez, la ley esta fundamentada en los ejes del combate al narcotráfi-

22 Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, 2a. ed., t. I: *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Civitas, 1997, p. 44. Roxin, define al derecho penal accesorio como “la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales”; si bien, este derecho penal se contiene en normas especiales, también puede encontrarse en varios preceptos de la legislación ordinaria en nuestro país.

23 Se ha discutido ampliamente la pertinencia de la utilización de testigos protegidos, de personas de que por alguna razón (por lo regular la impunidad), han decidido declarar en contra de otros miembros de su misma organización delictiva, la LFCDO, le otorga bajos ciertos supuestos un tratamiento diferenciado. La utilización de estos mecanismos ha sido discutida ampliamente en países como Inglaterra, donde se les denomina *supergrass* o *converted terrorist*; en Estados Unidos, en lo referente a los denominados *state o immunized witness*; e Italia donde se les considera como los arrepentidos (I Pentiti). Incluso, juristas extranjeros han llegado a considerar a esta figura como un método espurio para combatir el crimen organizado, ya que se basa en un modelo acusatorio poco garantista y de orígenes distintos al de nuestro sistema jurídico continental. Amodio, Ennio. “I “Pentiti” nella Common Law”, *Rivista italiana di diritto procesale penale*, fascículo 4, octubre-diciembre, año XXIX, 1986, p. 993. No obstante su dudosa legitimidad esta medida ha sido recomendada por la Asamblea General de la ONU, que en su relación 49/159 adoptó la Declaración Política y Plan de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada Véase Carbonell, Miguel. “Frutos amargos”, *Cambio*, núm. 75, año 2, México, 17 al 23 de noviembre de 2002.

co y al terrorismo; su amplio catálogo de delitos la convierte en una legislación represiva y desproporcional en exceso.<sup>24</sup>

Concretamente, en el primer capítulo de esta ley, puede advertirse claras inconstitucionalidades e inconsistencias de fondo. En el artículo 2o., que estipula el tipo penal de “delincuencia organizada” debemos percatarnos de dos características importantes: en primer lugar, que la descripción típica de “delincuencia organizada” constituye un tipo penal con serias deficiencias en cuanto a técnica legislativa se refiere<sup>25</sup> concretamente, podemos decir que es un tipo penal incompleto y en segundo lugar, que existe una invasión de la esfera de competencia a las entidades federativas en lo referente a los delitos enumerados en la fracción V del mismo numeral, en franca violación al artículo 73, fracción XXI constitucional.<sup>26</sup>

24 Ésta parece ser una característica constante en las leyes con carácter derogatorio de derechos y garantías. Una situación similar se presenta en la Ley Patriótica de los Estados Unidos, enmendando la sección 3077(1) del título 18, del código de los Estados Unidos, define por ejemplo, el delito de terrorismo doméstico como: “cualquier actividad que involucre actos peligrosos para la vida humana que sean una violación de las leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado”. Lo cual nos deja ante un tipo penal completamente abierto e indeterminado; sin embargo, la ley va más allá. El tipo de este delito suena por demás inverosímil al mencionar que se incurre también en él cuando: “Parezca que se intenta: una intimidación o coerción de la población civil (a); influenciar la política del gobierno por medio de la intimidación o de la coerción (b); afectar la conducta del gobierno por medio de actos de destrucción masiva, asesinatos o secuestros (c)”. Todos estos posibles actos se encontrarán en el supuesto de terrorismo doméstico si se suscitan en la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Una interpretación de estas disposiciones nos llevaría a la conclusión de que cualquier protesta popular, el uso de formas simples de resistencia civil, el hecho de obstruir el paso por una calle en una protesta o cualquier acto que intimide o que parezca intimidar a la población civil (que puede ser cualquiera o ninguno) que quieran provocar un cambio de las políticas públicas del gobierno, podrían ser considerados como actos terroristas, lo cual es ridículo y más aún, nos hace recordar los regímenes represores fascistas de la Alemania e Italia de los años 30. Paralelamente a este tipo penal la ley impone un sistema de sanciones aun más fuertes al ya existente, eliminando los beneficios de la pena, instando para que los Estados de la Unión apliquen las penas más altas a los terroristas sentenciados y previendo un sistema de vigilancia para las personas que hayan cumplido su condena por este tipo de delitos.

25 El tipo de delincuencia organizada es incompleto, y remite a su vez a otros ordenamientos para describir la conducta, entre los que encontramos al Código Penal Federal, la Ley Federal de Armas de Fuego, la Ley General de Población y la Ley General de Salud. A su vez nos remite a los códigos penales de las entidades federativas y del Distrito Federal, para los delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos.

26 En la fracción V del mismo artículo 2o. encontramos que en esta ley se expresa un afán de regular conductas delictivas que están originalmente fuera de la competencia federal. El artículo 73 fracción XXI constitucional señala específicamente que tendrá facultad el

Dentro del segundo capítulo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada encontramos la autorización para la utilización del arraigo, sin que esta medida pueda exceder los 90 días. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sí ha analizado la constitucionalidad de dicha figura jurídica cuando en 1999 surgió una contradicción de tesis declarando su inconstitucionalidad. Sin embargo, podemos constatar que en la práctica ésta medida —la del arraigo— continúa utilizándose indiscriminadamente. Paralelamente, es vergonzoso que en el ámbito europeo desde hace 30 años atrás se reconozca que el arresto domiciliario constituye una privación de la libertad personal.<sup>27</sup>

Resulta completamente irregular e inconstitucional lo previsto por el artículo 13 de la ya mencionada Ley al disponer que:

Congreso de la Unión: “Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”. No autorizando para este efecto, que se puedan prever si quiera por parte del legislador federal, delitos que están clara e indiscutiblemente dentro de la esfera de las entidades federativas, en todo caso, tampoco se prevé una concurrencia en esta materia constitucionalmente en donde se permita legislar en materia penal tanto a las entidades federativas como para la Federación. El primer párrafo de dicho precepto señala que el Congreso puede legislar en materia penal cuando se afecte un bien jurídico de la Federación; no obstante, en ningún momento lo faculta para legislar sobre métodos y procedimientos para tratar delitos del fuero común, como los enumerados en la fracción V del artículo 2o. de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, dado que aunque en efecto existiera la posibilidad de que dichas conductas delictivas fueran eventualmente perseguidas por la autoridad federal en el uso de la facultad de “atracción” conforme al artículo 73 fracción XXI, párrafo segundo, en ningún momento se le autoriza para que legisle en ámbitos que son reconocidos a las entidades federativas. La inconstitucionalidad de este precepto es posible determinarla con toda claridad toda vez que el artículo 124 que menciona las bases del pacto federal estatuye que las atribuciones no reservadas a la Federación se entenderán reservadas a las entidades federativas. La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada al retomar tipos penales legislados a nivel local y trasladarlos al ámbito federal no esta reservando una atribución, sino que concurre en una atribución delegada originalmente a las entidades federativas, por lo que el problema aparentemente de técnica legislativa se convierte en un tema de constitucionalidad. La razón desde la teoría del garantismo penal es la siguiente: el derecho penal debe proteger ante todo bienes jurídicos, por tanto, sería interesante descifrar ¿qué bien jurídico pretende defender este tipo penal de delincuencia organizada? La respuesta es vacía, como el concepto mismo de “delincuencia organizada” en nuestro ordenamiento jurídico. Las conductas antes descritas en el ámbito estatal, en cambio, sí van enfocadas a la protección de bienes jurídicos específicos.

<sup>27</sup> Cfr. Informe de la CEDH en el caso griego, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. XII, 1969, pp. 134 y ss.

A las actuaciones de averiguación previa por los delitos a que se refiere esta Ley, exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra, por lo que el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas.

Dicha disposición es a todas luces inconstitucional, ya que viola el artículo 20, fracción VII de nuestra ley fundamental.

Un hecho lamentable, es que exista un marco jurídico para llevar a cabo ordenes de cateo y exista a la par, que exista un marco jurídico-constitucional para realizar escuchas telefónicas y en general, interceptar todo tipo de telecomunicaciones electrónicas; sin embargo, resulta verdaderamente penoso, la regulación secundaria dada a este precepto, a parte de que es cuestionable la pertinencia de implementarla, si bien, el mismo texto constitucional autoriza al legislador federal prever legalmente sobre este tipo de restricciones a los derechos fundamentales indirectamente constitucionales, la función del legislador está limitada por una valla de contenido esencial y por el principio de proporcionalidad y con ello por el mandato de ponderación.<sup>28</sup>

Una ambigüedad e imprecisión se refiere a la captura de las imágenes de video que la Ley de Marras menciona en su artículo 20, ya que no se establece ningún tipo de especificación de cual será su fuente o bajo que circunstancias podrá ser utilizado este medio, incluso, no se menciona si dichas grabaciones deben realizarse sólo en exteriores o dentro de una casa habitación, dicha omisión eventualmente, nos podría llevar a una procuración de justicia con preocupantes tintes orwellianos.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 283.

<sup>29</sup> El título segundo, de la Ley Patriótica de los Estados Unidos está dedicado a los procedimientos de vigilancia, entre los cuales se incluyen reglas generales para la interceptación de comunicaciones ya sean estas por vía telefónica, orales o por cualquier tipo de medio electrónico, si se tiene la sospecha de que dichas comunicaciones están relacionadas con actos terroristas. Prevé incluso, la revisión de correos electrónicos y comunicaciones en la World Wide Web, convirtiendo a esta ley de aplicación internacional, ya que la mayoría de los servicios de internet están sustentados en servidores estadounidenses, no pudiendo saber si eventualmente las personas encargadas de hacer esta vigilancia pueden invadir nuestra propia privacidad desde una computadora ubicada a miles de kilómetros de distancia. Otro hecho preocupante es que no obstante que la ley patriótica ha sido diseñada para el

Una violación adicional al artículo 20, fracción VII constitucional, es en la que incurre el artículo 23, de la LFCDO, al otorgar un plazo de 10 días, para que el inculpado de un hecho que pueda considerarse como delincuencia organizada, pueda bajo la supervisión de la autoridad judicial federal, escuchar o ver las cintas derivadas de una intervención de telecomunicaciones o video que estén siendo utilizadas en un juicio en su contra. En general, en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se encuentra una constante violación al principio de carga de la prueba o de verificación *nulla accusatio sine probatione* y el de la duda razonable *in dubio pro reo*.

#### IV. EL OCASO DEL GARANTISMO Y EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO ESTADO POLICIAL

Paralelamente en México, la normatividad jurídica de excepción se ha visto complementada con políticas públicas de dudosa legalidad, como los frecuentes operativos policíacos que han sido descritos como una fuente de violaciones a los derechos humanos en nuestro país por relatores especiales de la ONU (véase el informe del *Relator Especial sobre Detenciones Arbitrarias* en su visita a México en 2002), el sinnúmero de retenes y puntos de revisión a lo largo y ancho de la República que violan flagrantemente la libertad de tránsito y personal e incluso el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que impone la obligación a los estados firmantes de sustentar en un cuerpo normativo emitido por un órgano colegiado las restricciones a los derechos fundamentales.

Un hecho verdaderamente penoso ha sido el posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia en asuntos como el paso del ejército como una institución diseñada para situaciones de emergencia y supuestos muy específicos —como lo señala el artículo 129—, a un cuerpo policial encargado de funciones de seguridad pública. Así, de los criterios más importantes respecto a la suspensión de garantías desde la Segunda Guerra Mundial, se presentan por la aceptación de la intervención del ejército y en general de la fuerzas armadas en tareas de seguridad pública auxiliando a las civiles, para así “evitar” un estado de emergencia, criterio completamente distinto al utilizado por otros tribunales como la Corte Constitucional Colombiana y

combate al terrorismo internacional, en su articulado prevé la utilización de la información obtenida con ese propósito para asuntos relacionados con temas de inteligencia, inmigración y defensa nacional.

el Tribunal de Estrasburgo quienes instan a los gobiernos a adoptar todas las medidas necesarias en materia ordinaria para evitar que sean indispensables las medidas de carácter excepcional, en México, en un plano casi surrealista, primero se toman las medidas excepcionales antes de que se originen las situaciones de emergencia, como *prima ratio*.<sup>30</sup> También la Corte es responsable de no intervenir en regular otras funciones cuya dudosa constitucionalidad y legalidad se han atribuido desde hace decenios a las Fuerzas Armadas como es el caso del Plan DN III E, de Protección Civil. Sin olvidar el papel poco participativo de la sociedad civil y de los medios de comunicación que han alentado y aprobado cada vez más la instauración de un Estado policía con facultades muy amplias para llevar a cabo medidas inconstitucionales con la mayor impunidad.

## V. REFLEXIONES FINALES

Desde antes de los acontecimientos de septiembre de 2001 se había recurrido por un gran número de Estados a la figura de la suspensión de derechos y garantías para combatir problemas como el terrorismo; sin embargo, hasta después de esta fecha que la legislación en la materia ha ido incorporado un mayor ámbito de aplicabilidad con la ampliación desmedida de los tipos penales, implementando paralelamente medidas policiales, por ejemplo, los diversos operativos de seguridad que en muchas ocasiones se encuentran fuera de todo parámetro de legalidad y proporcionalidad.

Este tipo de normatividad de carácter excepcional representa un paso, que en opinión de varios analistas es irreversible, propiciando con ello la creación y concepción de un Estado menos constitucional y menos demo-

<sup>30</sup> Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy, Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, Abril de 2000, Tesis P./J., 38/2000, p.549. y *Cfr.* Ejército, Fuerza Aérea y Armada si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública, en situaciones en que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la constitución y a las leyes. Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy, Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, Abril de 2000, Tesis P./J., 36/2000, p.552.

crático,<sup>31</sup> se considera que estas medidas con el tiempo han sido asimiladas plenamente al ámbito de la normalidad por un gran número de legislaciones nacionales.

Esta tendencia es contraria a la opinión de Luigi Ferrajoli, quien señala que lo importante es que los delitos y las penas sean determinadas sólo por la ley penal, y que la comprobación de los primeros y la imposición de las segundas sean sólo obra de la actividad jurisdiccional a través de las formalidades que le son propias.<sup>32</sup> Con la entrada del siglo XXI y los nuevos retos en materia de seguridad pareciese que se está intentando regresar a la ley del más fuerte, o en este caso del Estado más fuerte, en una terrible reivindicación histórica del Estado policial en el ámbito interno y del realismo político en el ámbito internacional.

Las respuestas a lo grandes problemas en materia de seguridad y respeto a los derechos humanos sin duda, se encuentran en el combate al delito por medios alternativos ya que las condiciones sociales productoras de criminalidad deben contrarrestarse, en mayor medida de lo hecho hasta ahora, mediante estrategias de políticas sociales fundamentadas científicamente.<sup>33</sup> De esta forma, si antes el lema era: “necesitamos el máximo de derecho penal que sea posible para poder erigir diques de contención de la perversión de los valores” ahora, debe aspirarse al “mínimo de derecho penal que sea posible” el eslogan del derecho penal como *ultima ratio*.<sup>34</sup>

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987
- AMODIO, Ennio, “I “Pentiti” nella Common Law”, *Rivista italiana di diritto procesale penale*, fascículo 4, año XXIX, octubre-diciembre, 1986.
- CARBONELL, Miguel, “Frutos amargos”, *Cambio*, México, núm. 75, año 2, 17-1 23 de noviembre de 2002.

31 Dworkin, Ronald, “Terror & the Attack on Civil Liberties”, *The New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003. Url. <http://www.nybooks.com/articles/16738> consultado el 21 de octubre de 2003.

32 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 763.

33 Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, p.159.

34 *Ibidem*, p.134.

- COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en el caso griego, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. XII, 1969.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.
- DWORKIN, Ronald, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, 28 de febrero 2002. Url. <http://www.nybooks.com/articles/15145> consultado el 11 de septiembre de 2002.
- , “Terror & the Attack on Civil Liberties”, *The New York Review of Books*, 6 de noviembre 2003. Url. <http://www.nybooks.com/articles/16738> consultado el 21 de octubre de 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , BOBBIO, Norberto (prol.), *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2002.
- FINN, John E., *Constitutions in crisis. Political violence and the rule of law*, New York, Oxford University Press, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores, *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: Un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Comares, Granada, 2002.
- REMOTTI CARBONELL, José, *Constitución y medidas contra el terrorismo; la suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, Colex, 1999.
- ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, Harbinger, 1963.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general*, t. I: *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, 2a ed., Civitas, 1997.
- , *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
- VERGOTTINI, Guiseppe. “Guerra e Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 1, marzo de 2002.