



REFORMA PROCESAL PENAL: SISTEMA ACUSATORIO Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

Gustavo FONDEVILA
Alberto MEJÍA VARGAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Conclusión*. IV. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó¹ la reforma del sistema de justicia penal, seguridad pública y delincuencia organizada. Dicha reforma está legitimada en la desconfianza, lentitud y altos niveles de impunidad de la justicia penal ordinaria; y la insuficiencia de los instrumentos legales en contra de la delincuencia organizada. Se trata probablemente de la reforma constitucional más ambiciosa desde que está vigente la Constitución de 1917.

La reforma tiene dos ejes fundamentales: *a)* el rediseño del proceso penal aplicable a delitos ordinarios o comunes² para adecuarlo a las exigencias de un Estado democrático de derecho y *b)* el aumento de la restricción de garantías del régimen utilizado en el combate a la delincuencia organizada³ con la finalidad de hacerlo eficaz.

En el proceso penal ordinario, se busca cambiar un sistema mixto de corte inquisitivo por uno de carácter acusatorio. La transición apunta a separar las funciones procesales siguiendo los parámetros de un mode-

¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf (30 de agosto de 2010).

² Todos aquellos delitos no incluidos en el listado del artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

³ Régimen procesal y penitenciario diferenciado que se aplica exclusivamente a los delitos incluidos en el listado del artículo 2o. de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada cometidos bajo la modalidad de delincuencia organizada.

lo de índole garantista. En relación con la delincuencia organizada, se opta por endurecer el régimen de excepción aplicable a esta modalidad de delitos. La idea es que la gravedad del problema reclama mayores restricciones de garantías.⁴

El legislador recurre a soluciones divergentes para dos tipos de problemas. Por un lado, la necesidad de eficientar y democratizar el proceso penal ordinario; y por el otro, los reclamos de eficacia para combatir a la delincuencia organizada. Sobre este particular se debe señalar que los delitos ordinarios tienen que ver con una cuestión de seguridad pública⁵ —se refieren a la protección de la que goza el ciudadano—; en cambio, la delincuencia organizada plantea problemas que ponen en peligro la permanencia misma del Estado. Es interesante destacar que el legislador reforme la Constitución aplicando una versión endurecida de un modelo que ha fracasado⁶ en los procesos penales ordinarios (sistema inquisitivo) y que puede significar peligros menores.

La intención de este trabajo es analizar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en dos sentidos: a) la definición de delincuencia organizada que aparece en la ley y b) la falta en la ley de instituciones fundamentales que han probado su eficacia en otras partes del mundo.

II. DESARROLLO

En la actualidad, el desafío más importante de la reforma constitucional al sistema de justicia penal es su implementación. En ese contexto, cobran especial importancia las reformas a leyes secundarias, como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.⁷ Dichos cambios deben

⁴ La cuestión de la delincuencia organizada es un problema de *seguridad nacional*, de acuerdo con el artículo 3o. de la Ley de Seguridad Nacional. Así se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf> (31 de agosto de 2010).

⁵ De acuerdo con el artículo 2o. de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf> (6 de septiembre de 2010).

⁶ Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (6 de marzo de 2007), documento incluido en el Dictamen de la Cámara de Diputados del 12 de diciembre de 2008. http://www.setec.gob.mx/docs/rc_3.pdf (31 de agosto de 2010).

⁷ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf> (31 de agosto de 2010).

enfocarse en la solución de algunos problemas que presenta la forma actual de la ley y, además, en la incorporación de algunas instituciones que han probado su eficacia en la historia de la lucha contra este tipo de criminalidad y que no aparecen contempladas en el formato actual. Estas instituciones son:

- a) Una nueva definición de delincuencia organizada.
- b) La protección a testigos.
- c) La extinción de dominio.
- d) La prevención del lavado de dinero, y
- e) La cooperación entre los organismos del sistema financiero.

1. *Problemas en la ley*

A. *Definición actual de delincuencia organizada*

La definición legal de la delincuencia organizada es el instrumento que delimita el problema y la base para su combate. La misma aparece en el artículo 2o. de la mencionada ley:

Artículo 2o. Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 ter. y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del

hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

El tipo penal de delincuencia organizada “tiene una estructura lógica de doble piso. El primer elemento hace referencia a la participación en una organización. El segundo es que esta organización comete delitos (delitos predicado) tales como tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas [...]”.⁸ En este orden de ideas dogmáticas, los “delitos predicado representan un delito continuado, porque son varias conductas que de manera continua o reiterada se dan de forma ilícita. En cuanto al delito de segundo piso, la organización es un delito continuo, pues comienza a realizarse en el momento en que se organizan para cometer delitos y no dejan de realizarlos hasta el momento que la organización deja de tener efectos”.⁹ Del análisis de la anterior definición se pueden señalar los siguientes problemas:

- a) Excesiva complejidad.
- b) Necesidad de acreditar la existencia de la organización para la configuración del tipo penal.
- c) Permanencia y reiteración de conductas.
- d) Confusión entre delincuencia organizada y asociación delictiva.

⁸ González Ruiz, Samuel y Buscaglia, Edgardo, “Como diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en Macedo de la Concha, Rafael (coord.), *Delincuencia organizada*, México, Inacipe, 2003, p. 100.

⁹ Santiago Vasconcelos, José Luis, “Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales”, en Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM-Inacipe, 2005, p. 197.

e) Límite de delitos que pueden ser cometidos bajo la modalidad de delincuencia organizada.

Excesiva complejidad

Uno de los problemas centrales de la definición de la delincuencia organizada es la voluntad del legislador de abarcar en una sola definición general situaciones demasiado particulares. Esto provoca que el texto de la ley sea confuso e innecesariamente repetitivo.

En segundo lugar, aparece una cuestión más grave: la ley tipifica el simple acuerdo de organización. En la práctica, esto significa que no es necesario que tres o más personas se organicen, sino que el simple acuerdo de un acto futuro consistente en organizarse ya es delito.¹⁰ Sin importar que esa organización suceda o no suceda en la vida real. Esto es lo que la literatura anglosajona llama “conspiracy”, que se presenta cuando “existe el acuerdo entre algunas personas para realizar conductas delictuosas, intentar hacerlo o invitar a que se realicen”.¹¹ Esta figura

¹⁰ Las fases del delito son conocidas como *iter criminis*, que significa el camino o sendero que recorre el delito desde que es una idea en la mente hasta su terminación o exteriorización en la realidad fáctica. Se divide en fase interna y externa, la interna tiene tres periodos: la idea criminosa, deliberación y resolución. La fase externa tiene las etapas de: manifestación, preparación y ejecución. La fase externa en su etapa de manifestación es un pensamiento o idea criminosa que se exterioriza. La manifestación de una idea criminosa no es incriminable, por excepción, existen figuras cuyo tipo sea con la sola manifestación ideológica, tales como el acuerdo de organización previsto en el tipo penal de delincuencia organizada (artículo 2o. de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada), otro ejemplo es el tipo penal de amenazas (artículo 282 del Código Penal Federal). En estos casos la sola manifestación de la idea criminosa consume el tipo penal. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito (artículo 6o.). La Suprema Corte en una tesis jurisprudencial poco clara dogmáticamente e incluso un tanto contradictoria (pues no define claramente la frontera de separación entre la manifestación de la idea delictiva y como esta manifestación externa de acordar organizarse, sin llegar a hacerlo, es generadora o provoca un delito) en todo caso, se ha sostenido la constitucionalidad del tipo penal de delincuencia organizada referido a sancionar el acuerdo de constitución de una organización criminal.

Registro núm. 186617, localización: novena época, instancia: Pleno fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI*, julio de 2002, página: 6 Tesis: P. XXVI/2002, tesis aislada, materia(s): constitucional, penal. DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 2o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

¹¹ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada, antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 2000.

de la conspiración aparece también en nuestro ordenamiento nacional: en el artículo 141 del Código Penal Federal¹² relativo a los delitos contra la Seguridad de la Nación: “Artículo 141. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar cabo su determinación”.

En este caso, la conspiración necesita para su configuración de dos momentos: *a)* el primero se presenta con la resolución de concierto para la comisión de delitos, es decir, con el acuerdo, y *b)* el segundo momento está relacionado con el acuerdo de los medios para su comisión. Esto último es lo que se conoce como *over act*. Esta última parte es fundamental porque señala el acto posterior al simple acuerdo de comisión. No se trata solamente de un acuerdo de algún tipo entre personas sino que hay un acto que “realiza” de algún modo, eso que aparece en potencia en el acuerdo.

Sin embargo, esta segunda instancia no aparece en la definición de delincuencia organizada de nuestra ley. Aquí no es necesario llegar al momento posterior que representa el acuerdo, ni mucho menos tener planeados los medios a utilizarse en la posible comisión. En realidad, alcanza con el acuerdo para ponerse de acuerdo, aunque no exista acuerdo y es incierto si alguna vez existirá. En la práctica judicial esto implicaría juzgar a las personas por sus intenciones y no por sus actos.¹³

Desde el punto de la dogmática penal, esta definición también es desconcertante. De acuerdo al artículo 13 del Código Penal Federal, son autores y partícipes del delito: “I. Los que acuerden o preparen su realización”; sin embargo, el simple acuerdo para organizarse sin que existan actos preparatorios para lograr la organización no configura la responsabilidad penal.

B. La necesidad de acreditar la existencia de la organización para la configuración del tipo penal

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁴ establece:

¹² <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf> (2 de septiembre de 2010).

¹³ Una definición básica del derecho moderno es que las personas solamente pueden ser juzgadas por la realización de sus pensamientos, es decir, por sus actos. Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlín, Akademie Verlag, 1998.

¹⁴ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (3 de septiembre de 2010).

“Artículo 16. [...] Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia [...]”

La Constitución demanda la prueba concreta de la existencia de la organización en temas de delincuencia organizada. En consecuencia, se debe probar no sólo que están organizados, sino que ese grupo de individuos organizados conforman una organización delictiva. Por ejemplo, se debe probar que realmente existe un cártel de la droga y que se trata de una organización (con estructura, jerarquías, objetivos, etcétera).

Esta exigencia muestra al texto constitucional ejerciendo una función muy inusual en una carta magna: la tipificación de conductas.¹⁵ Y esta tipificación viene a complementar el tipo de la ley reglamentaria, al agregar un elemento de carácter normativo a la descripción típica que hace la ley. Se puede afirmar que es la única vez que un tipo penal encuentra elementos dispersos en la Constitución y en leyes secundarias; sin embargo, a pesar de este esfuerzo constitucional para agotar el tipo establecido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, no es necesario que se compruebe el acuerdo de organizarse o la organización para realizar de manera reiterada o permanente los delitos del listado. Si un juez dicta sentencia al comprobar esos elementos del tipo, esa sentencia es violatoria de garantías individuales, dado que por mandato constitucional se debe agregar un elemento adicional al tipo y es el referente a la comprobación de la existencia de hecho de esa organización. Es decir, que el activo estaba organizado y pertenecía a un grupo delictivo organizado de conocido —como Cártel del Golfo, por ejemplo—. Ahora el estándar que se necesita para comprobar que ese grupo organizado (organización) existe no es muy claro:

a) Si se acepta que se acredite de manera simple, se puede realizar con testimonios de que pertenece a tal o cual grupo, con notas de periódico, etcétera.

b) En cambio, si se elige un estándar elevado para su comprobación, se debe acreditar una cadena de mando, las personas que ocupan esa cadena de mando, el puesto y responsabilidad desempeñada por el activo en la organización, si su participación era permanente o accidental, etcétera. Todo esto plantea cuestiones acerca del grado así como de la forma de participación en el delito.

¹⁵ En este punto, hay una discusión importante: ¿debe una Constitución tipificar conductas?

C. *La cuestión relativa a la pertenencia como miembro o no de un grupo delictivo organizado*

El tercer problema es muy importante porque se debe castigar con una mayor severidad a los miembros permanentes, con funciones establecidas y jerarquía dentro de la organización. Esto sirve para diferenciar entre los grupos constituidos de manera fortuita para la comisión de determinado acto y que no son una organización delictiva en estricto sentido, ni pertenecen necesariamente a una organización de esa clase.

Hay individuos que no pertenecen de manera estable a este tipo de organizaciones, como por ejemplo las personas que en sus pertenencias o utilizando cavidades corporales introducen a Estados Unidos pequeñas cantidades de droga y que son conocidos como “burros”; las personas que son contratadas para cargar vehículos con droga en los llamados “bajones de droga”, que no es más que la recepción de la mercancía en puntos preestablecidos, generalmente, en lugares serranos o marítimos; las personas que son contratadas para el transporte a los distintos puntos de la república o del extranjero. Frente a esto, es preciso hacer una distinción, formar categorías distintas derivadas de su propia naturaleza para poder sancionar también de manera justa y adecuada. En este sentido, la Convención de Palermo¹⁶ establece una distinción interesante entre las figuras de grupo delictivo organizado y grupo estructurado.

Artículo 2.

a) Por “*grupo delictivo organizado*” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; [...]

En el primer caso, es un grupo con existencia permanente que tiene funciones específicas y definidas, y cuenta con miembros estables de la organización. “Artículo 2. c) *grupo estructurado* se entenderá un grupo formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones for-

¹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf> (3 de septiembre de 2010).

malmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

En el segundo caso, se trata de un grupo circunstancial que no tiene las características de un grupo delictivo organizado. Esta distinción apunta a establecer diferencias entre las diferentes modalidades de delincuencia. Desde penalidades agravadas a los miembros de un grupo delictivo organizado, principalmente a los miembros directivos o jefes de los grupos, hasta penas menores a simples operadores.

D. Confusión entre delincuencia organizada y asociación delictiva

En la ley parece haber una confusión entre los conceptos de asociación delictiva y delincuencia organizada.¹⁷ La confusión se da principalmente en los órganos encargados de la persecución del delito, esto es en el Ministerio Público.

La diferencia existente entre la asociación o banda delictiva y la delincuencia organizada está regulada por el artículo 164 del Código Penal Federal. La delincuencia organizada solamente se da cuando se cometen los delitos señalados en el listado del artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuando se hayan cometido alguno o algunos de los delitos del listado, de manera reiterada o permanente y las personas estén organizadas o hayan acordado organizarse. Mientras tanto, la asociación delictiva se configura en todos los demás delitos del Código Penal, que permitan esta forma de comisión y no necesita otro requisito más que el de ser cometido por tres personas.

Por lo anterior, se puede decir que el grupo delictivo organizado es una asociación delictiva, pero el legislador ha considerado que por sus características particulares amerita sanciones más severas y un procedimiento penal distinto del ordinario. En tal sentido, toda delincuencia organizada es una asociación delictiva pero no toda asociación delictiva es delincuencia organizada.

Con la nueva definición constitucional se deben acreditar los elementos mencionados, además del elemento que establece la Constitución referente a la existencia de la organización o grupo organizado.

El problema de esta confusión entre dos figuras delictivas distintas es un problema particularmente grave porque origina errores en la aplicación del régimen especial.

¹⁷ Derivada en gran medida de la definición en cuestión.

De acuerdo a datos del Consejo de la Judicatura Federal,¹⁸ es posible observar que en el periodo de 2001 a 2006 se realizaron 1,003 consignaciones totales, de las cuales 242 fueron reclasificadas en delitos diferentes al de delincuencia organizada. Esto representa un 24%, es decir, casi un cuarto de las consignaciones se están realizando equivocadamente. Se trata de un margen de error demasiado elevado en la aplicación de una ley que restringe garantías individuales durante la investigación ministerial. Entre esos delitos reclasificados se encuentran consignaciones por delitos que ni siquiera figuran en el listado del artículo 2o., que es el que determina cuando un delito puede ser cometido bajo la modalidad de delincuencia organizada.

Delitos reclasificados	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Ambientales			2				2
Falsedad	1						1
En materias de vías de comunicación y correspondencia		1					1
Contra la vida y la integridad corporal					8		1
Contra la economía pública							1
Ley de quiebras y suspensión de pagos				1			1

Tabla realizada con información del CJF.

La incorrecta aplicación de este régimen especial en personas a las que no está destinado tiene consecuencias que consisten en el arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, reclusión en centros de máxima seguridad, el incremento en el plazo de retención (el doble del tiempo ordinario), etcétera. En resumen, se abre la posibilidad de que el Ministerio Público pueda aplicar a cualquier ciudadano medidas reservadas para delincuentes excepcionales.

¹⁸ Solicitud de información 4019 dirigida a la Dirección General de Estadística y Planeación Judicial del Consejo de la Judicatura Federal.

La nueva definición constitucional equivale a la asociación delictiva

Una categoría parece subsumir a la otra. Es decir, la asociación delictiva es la categoría general y la delincuencia organizada es una subcategoría agravada de aquélla. Ambas definiciones son muy cercanas. La delincuencia organizada es una asociación delictiva que se organiza o acuerda organizarse para cometer algún delito del listado que establece el artículo 2o. de la ley especial. Y las asociaciones delictivas federales son grupos de personas que cometen cualquier delito pero sin estar organizadas para la comisión permanente o reiterada de los delitos del listado. La banda o asociación delictiva es una pluralidad de personas que no necesariamente tienen una organización ya sea permanente o circunstancial. Además, el tipo penal no establece esos elementos para la integración de este tipo de asociación. Por otro lado, la delincuencia organizada es de igual manera un grupo de personas, pero para que se configure el tipo es necesario ciertas características especiales (las cuales no son necesarias para la asociación delictiva) como son:

- a) El acuerdo para organizarse, o que estén organizados.
- b) Que realicen de forma permanente o reiterada.
- c) Los delitos listados en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

La distinción se encuentra en la organización delincencional, así como en su permanencia o reiteración en la realización de conductas encaminadas a la comisión de los delitos listados. Esos elementos no se requieren en el tipo de asociación delictiva para su configuración. Por ejemplo, un grupo de tres personas comete un acto de terrorismo. Si se demuestra que hubo organización y se han cometido delitos del listado de manera reiterada o permanente, serán sancionados por terrorismo y por delincuencia organizada. Por el contrario, si un grupo de tres personas comete un acto de terrorismo pero es el único delito que han cometido del listado del artículo 2o., y no están organizados para la realización permanente o reiterada de los delitos del listado, entonces se les sancionará por terrorismo y por asociación delictiva.

E. El límite de delitos que pueden ser cometidos bajo la modalidad de delincuencia organizada

El listado que realiza el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada presenta dos inconvenientes:

1. No sirve para limitar los tipos penales que pueden ser cometidos en la modalidad.

2. Casi cualquier delito puede ser cometido bajo la modalidad en cuestión.

La fórmula limitativa del listado imposibilita el uso de técnicas de investigación, así como la persecución y juzgamiento de estos delitos por autoridades locales.¹⁹ El ejemplo más significativo es el delito de homicidio (actividad realizada con frecuencia por la delincuencia organizada). El homicidio cometido por este tipo de organizaciones tiene características especiales que lo distinguen del homicidio común. Un buen ejemplo de esto son los homicidios en contra de personajes con responsabilidades importantes dentro de la impartición de justicia, de la procuración de justicia y en general en contra de altos funcionarios estatales. A pesar de ser un atentado común y gravísimo contra las instituciones del Estado la ley no provee de instrumentos especiales habituales de los regímenes de excepción, para la resolución de estos casos.

2. Soluciones a la ley

Propuesta de nueva definición

Como se ha podido observar, la definición de delincuencia organizada presenta varios inconvenientes que es posible remediar modificando algunos puntos. A continuación se presenta una versión modificada:

Se entenderá por delincuencia organizada la comisión de delitos cuya pena tenga una media aritmética igual o superior a 10 años, por un grupo delictivo organizado o por un grupo estructurado de tres o más personas asociadas con esa finalidad delictiva, salvo lo dispuesto en tratados internacionales en la materia.

De acuerdo a esta definición se puede interpretar que existe delincuencia organizada en los siguientes supuestos:

- a) Solamente por la comisión de delitos.
- b) Cuya pena tenga una media aritmética igual o superior a 10 años.
- c) Cometidos por un grupo delictivo organizado o por un grupo estructurado de tres o más personas asociadas con esa finalidad delictiva.

¹⁹ Dichas autoridades carecen de los instrumentos referidos.

Con la anterior redacción se quiere destacar la comisión sistemática de delitos que fueron planeados y preparados. El carácter sistemático radica en la preparación y planeación de los delitos. Esto lleva a la interpretación de que la comisión de los delitos no necesariamente debe ser sistemática. No es una cuestión menor porque en esta parte de la definición se intenta restringir aquellos delitos comunes que puedan ser interpretados como delincuencia organizada.

La definición propuesta limita el espectro de aplicación del régimen especial que constituye la delincuencia organizada al introducir conceptos que la individualizan de los delitos comunes que no merecen el tratamiento diferenciado del régimen mencionado. Estos conceptos son los siguientes:

1) *Solamente por la comisión de delitos.* Esta construcción teórica tiene dos finalidades:

a) Se prescinde de penar la fase externa del delito en su etapa de manifestación, esto significa que el derecho penal dejaría de castigar la exteriorización de una idea delictiva.

b) Se pena la comisión de delitos ya sea que se hayan cometido por una vez o de manera sistemática, es decir, se necesita una sola comisión de un acto delictivo para agotar el tipo de delincuencia organizada, en contraposición a la anterior definición que requería de la reiteración en las comisiones del delito.

2) *Por un grupo delictivo organizado o por un grupo estructurado de tres o más personas asociadas con esa finalidad delictiva.* Se busca adoptar en la legislación nacional los ordenamientos de la Convención de Palermo, en el sentido de abarcar los grupos que existen durante cierto tiempo y que actúan concertadamente y aquéllos formados de manera fortuita.

3) *Se establecen delitos cuya pena tenga una media aritmética igual o superior a 10 años.* Con esta distinción se resuelven varios problemas de la ley especial: ya no es necesario recurrir al catálogo de delitos del artículo 2o. de la Ley de la materia. Este catálogo tiene serias deficiencias porque no contempla delitos como el homicidio y el lavado de dinero. Al no ser integrados en el catálogo, no pueden ser tratados bajo el régimen de delincuencia organizada. Estos dos delitos son los de mayor incidencia por la delincuencia organizada.

Con esta nueva fórmula, se abre el espectro de delitos castigados bajo este régimen, pero también se restringe a los más graves a través de la media aritmética. La mayoría de los delitos conocidos son susceptibles de comisión por parte de la delincuencia organizada.

4) Por último, con la introducción de esta última parte en la definición *salvo lo dispuesto en tratados internacionales en la materia*, se establece la posibilidad de la implementación de lineamientos internacionales en los procesos de delincuencia organizada (en particular, la Convención de Palermo). Éste permite que existan en México nuevas formas de investigación y, sobre todo, la recepción e incorporación de ordenamientos internacionales.

3. *Sistema de protección a testigos*

La protección a testigos es una de las herramientas más eficaces en contra de la delincuencia organizada. El marco regulatorio y su aplicación son dos cuestiones fundamentales para su correcta implementación.

A. *Protección a testigos*

La protección a testigos se hace necesaria cuando el testimonio de una persona en contra de la delincuencia organizada implique una venganza segura en contra de su persona o de su familia. Por este motivo, el testigo debe ser protegido para que tenga el incentivo de conservar su vida después de rendir testimonio en contra de estas organizaciones.

B. *Breve referencia histórica*

En 1969 un Comité del Senado de los Estados Unidos de América —presidido por el senador de Arkansas, John McClellan— comenzó a investigar la existencia del crimen organizado en ese país. El testimonio de un integrante menor (soldado) de la mafia neoyorkina (Joseph Valachi) puso al descubierto la existencia de organizaciones mafiosas en aquel país. Las declaraciones de Valachi pusieron en riesgo su vida y se diseñó un programa para protegerlo. A partir de ese momento se fue delineando con mayor precisión los alcances de un programa integral de protección a testigos. Posteriormente, este programa animó a otros personajes como Vincent Charles Teresa, Larry Gallo o Joseph Barboza a prestar testimonio en contra de las organizaciones mafiosas. El éxito del programa lo convirtió en una institución de primer orden en la persecución legal de la delincuencia organizada.²⁰

²⁰ Block, Alan, "The Organized Crime Control Act, 1970: Historical Issues and Public Policy", *The Public Historian*, vol. 2, núm. 2, invierno de 1980, pp. 39-59.

El Witness Security Program fue autorizado por el “Organized Crime Control Act” de 1970²¹ en su “Title V: Protecte facilities for housing government witnesses” y sus facultades fueron ampliadas en 1984 con la “Comprehensive Crime Control Act”.²²

C. La efectividad de la protección a testigos

La protección a testigos ha resultado ser el instrumento más poderoso contra el crimen organizado. Otras acciones como los operativos policíacos y militares tienen más impacto mediático pero no tienen resultados tan amplios y eficaces como los demostrados por la protección a testigos.

Los procesos penales que han sido exitosos en debilitar a grandes organizaciones criminales, han estado regularmente fundados en las bases probatorias del testimonio de testigos protegidos. Dicho testimonio permite transformar la verdad de la investigación en verdad procesal.²³

El caso Buscetta y el maxiproceso italiano²⁴

El maxiproceso italiano de 1986 tuvo sustento en los testimonios de Tomaso Buscetta y en los esfuerzos del grupo de magistrados palermitanos del llamado pool antimafia, integrado por Giovanni Falcone, Paolo Borsellino, Giuseppe Ayala, Giuseppe Di Lello, Ignacio Di Francisci, Giocchino Natoli, Leonardo Gaurnotta y Giacomo Conte.

D. Diseño normativo aplicable a los testigos protegidos

La situación de los testigos protegidos en el sistema penal mexicano es poco claro, pues no cuenta con parámetros establecidos de funcionamiento. El modelo normativo está diseñado para que los operadores operen con total discrecionalidad, lo que no otorga certeza en su funcionamiento. Y esto es un problema central que impide el desarrollo adecuado del sistema porque dicha institución (testigo protegido) funciona sobre la base de otorgar confianza y seguridad al testigo potencial. Sin

²¹ http://c0403731.cdn.cloudfiles.rackspacecloud.com/collection/papers/1940/1940_SI_CA_H.PDF (6 de septiembre de 2010).

²² <http://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=123365> (6 de septiembre de 2010).

²³ Coronel de carabineros Mario Mori.

²⁴ <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1987/02/20/palermo-nel-maxi-processo-bis.html> (6 de septiembre de 2010).

certeza no hay garantías y sin ellas el beneficio de la protección del sistema se pierde o, al menos, disminuye.

E. Definición

Testigo es toda persona física que manifiesta ante los funcionarios de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a través de los sentidos, en relación con la conducta o hecho investigado. Es un instrumento de prueba, en cuanto comparece ante el agente del Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional a emitir su declaración. Su calidad de protegido deriva de dos circunstancias:

- a) La protección que se le brinda por el riesgo que corre al rendir testimonio en contra de organizaciones delictivas, y
- b) La reserva de su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.

F. Reserva de la identidad de los testigos protegidos

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regula la reserva de identidad en su artículo 14 que señala: “Artículo 14. Cuando se presume fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal”.

En este sentido, la reserva de identidad de las personas que rinden testimonio en contra de miembros de la delincuencia organizada está sujeta a los siguientes requisitos:

- a) Presunción fundada de riesgo a la integridad de la persona.
- b) Discrecionalidad del MP para ordenar la medida.

La reserva de identidad existe solamente en la etapa de averiguación previa. Una vez que se ejerce la acción penal, es decir, una vez que se entra a la esfera jurisdiccional la reserva de identidad se pierde para preservar la igualdad procesal entre el acusado y su acusador. Esto tiene como consecuencia que el acusador, así como todos los sujetos procesales e incluso los funcionarios encargados de la sustanciación del proceso conozcan la identidad del acusado. De igual manera, se conoce con exactitud el momento de comparecencia física²⁵ para las diligencias procesales necesarias.

²⁵ Las comparecencias físicas a los juzgados por parte de los testigos protegidos es una decisión interpretativa del juzgador de la causa, alguno han optado por otorgarles el

G. La protección de las personas

El artículo 34 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada hace responsable a la Procuraduría General de la República (PGR) de prestar apoyo y protección a testigos que corra riesgos en su integridad.

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

El fraseo del artículo es muy laxo y se puede interpretar de diversas maneras. Los artículos 14 y 34 abren la posibilidad para una ley secundaria de protección de testigos que regule algunas cuestiones importantes, tales como los criterios utilizados para la elegibilidad de candidatos al programa, la duración de la protección prestada, el tipo de protección brindada, la regulación de las percepciones de los testigos mientras presten testimonio, cambio de identidad, nueva localización, etcétera.

H. Beneficios ofrecidos a los testigos protegidos

Los beneficios están sujetos a la eficacia de la ayuda prestada por los testigos protegidos para la investigación y persecución de un delito. En este sentido, dichos beneficios se encuentran regulados en el artículo 35 de la Ley en cuestión.

Artículo 35. El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- i. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio solo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
- ii. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y este aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

mismo tratamiento que a los demás testigos, es decir, que se presenten físicamente en el local del juzgado a determinada fecha y hora, lo cual se hace del conocimiento de todas las partes con anticipación, el testigo concurre al juzgado con escoltas militares o policiacas según sea la importancia que le han dado a su testimonio las autoridades encargadas de brindarle protección; otros juzgares han optado por el uso de la tecnología como la videoconferencia para salvaguardar la integridad y seguridad de los testigos protegidos.

iii. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

iv. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomara en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del código penal para el distrito federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción iv de este artículo, la autoridad competente tomara en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Los beneficios son los siguientes:

a) Cuando no exista averiguación en contra del colaborador, los elementos aportados no serán considerados en su contra. Este beneficio se otorga solamente en una ocasión.

b) En el caso de un colaborador que tenga investigación en su contra y que aporte indicios para la consignación de otros miembros, la pena podrá ser reducida hasta en dos terceras partes.

c) Si se trata de un colaborador procesado y aporta pruebas ciertas y suficientes para sentenciar a otros miembros administradores, directores o supervisores, la pena podrá reducirse hasta en una mitad.

d) Si un colaborador sentenciado aporta pruebas ciertas y suficientes para sentenciar a otros miembros administradores, directores o supervisores, se podrá reducir la pena de prisión hasta en dos terceras partes.

Se puede observar que los beneficios ofrecidos no son proporcionales a los riesgos que corren este tipo de delincuentes. Esto constituye una seria dificultad para obtener colaboración por parte de los delincuentes porque los beneficios ofrecidos por el sistema no constituyen un incentivo importante. El estándar ideal en la protección a testigos se encuentra en la regulación de la Convención de Palermo.

Artículo 24. Protección de los testigos

...2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

Un aspecto fundamental es la protección a las personas. Lo primordial es mantener a la persona con vida y segura de posibles atentados o represalias. Dicha protección debe incluir a su núcleo familiar más cercano; también propone la reubicación domiciliaria para iniciar una nueva vida libre de peligros, así como la confidencialidad de su nueva identidad y localización física.

“b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por videoconferencias u otros medios adecuados”. Este fraseo ha sido utilizado de manera muy eficaz por Ministerios Públicos especializados (SIEDO) y por jueces del Poder Judicial de la Federación, para no poner en peligro al testigo y preservarlo con vida durante el proceso penal (donde la reserva de su identidad se pierde), se les ha reubicado en territorio extranjero y las testimoniales han sido rendidas a través de video conferencia. Con esta medida se neutraliza el riesgo excesivo de presentar a los testigos físicamente a declarar en los locales judiciales, en una hora, localización y día conocido por los acusados y sus cómplices fuera de prisión.

“3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo”. Esta cuestión es importante porque después del testimonio, el testigo se vuelve irrelevante para el sistema penal. Pero terminada su colaboración, el testigo debe ser capaz de seguir su vida, y para esto se debe dar una nueva ubicación domiciliaria, lo que en ciertas circunstancias solamente se logra —con niveles aceptables de seguridad— en países extranjeros.

“4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos”. Esta modalidad es importante porque el sistema de protección de testigos no está limitado exclusivamente a delincuentes arrepentidos, sino también a víctimas del delito —que no han tenido una vida delictiva—. Éstas son particularmen-

te vulnerables y el sistema debe reconocer los graves peligros a los que se enfrentan al delatar a organizaciones delincuenciales.

I. La valoración del testimonio del testigo protegido

El testimonio del testigo protegido puede ser un instrumento invaluable en contra de la delincuencia organizada. En la práctica, existe confusión en cuanto a sus reglas de valoración. Algunos juzgadores le dan un valor de convicción pleno y existen tesis aisladas en las cuales se recurre al criterio contrario, es decir, se las juzga de acuerdo con las reglas procesales comunes, es decir, se les da valor indiciario no tasado.²⁶ La importancia de sus testimonios debe ser ratificada por la calidad y veracidad de los mismos y no por su calidad de testigos protegidos.

J. La situación del testigo protegido en México

El testigo protegido en el sistema penal mexicano es una figura endeble cuyo potencial no ha sido explorado en todos sus alcances. En primer lugar, la calidad de testigo protegido es un estatus jurídico con una reglamentación muy laxa. Esto provoca que sus límites no sean claros ni definidos y que en consecuencia la protección (eficaz o insuficiente) dependa del interés del MP. Entonces, la protección depende discrecionalmente del MP especializado —Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO)—.

Al mismo tiempo, los beneficios son insuficientes en relación con el riesgo de declarar en contra de organizaciones delictivas poderosas. Las disminuciones parciales de las sentencias o de las penas tienen que ser acompañadas de una garantía integral de protección de la vida del testigo. La reserva de la identidad debe ser absoluta. Ahora, dicha reserva existe solamente en la averiguación previa, dado que una vez ejercida la acción penal y para no perder el equilibrio procesal, la identidad del testigo es revelada. En este punto, la protección brindada cobra especial relevancia. Los testigos protegidos de nombres ficticios en el juzgado adquieren nombre y apellido y deben ser presentados en la mayoría de las ocasiones en el local de los juzgados de Distrito en materia de

²⁶ Registro No. 177765, localización: novena época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII*, julio de 2005, página: 1556, Tesis: II.2o.P.124 P, tesis aislada, materia(s): penal. Y Registro No. 177764, localización: novena época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII*, julio de 2005, página: 1557, Tesis: II.2o.P.125 P, tesis aislada, materia(s): penal.

Procesos Penales Federales. Esto aumenta considerablemente su vulnerabilidad.

En resumen, se necesita una ley que regule el funcionamiento del sistema de protección de testigos. En la práctica, esto significa definir parámetros de otorgamiento, estándares de protección, medios de manutención mientras declaren en juicios, declaraciones a través de videoconferencias en lugares remotos que eviten la localización de los testigos pero no su contradicción, reubicación en el país o en el extranjero, nuevas identidades y, sobre todo, garantía de protección de la vida del testigo una vez prestado el testimonio. Sin estas medidas el sistema de protección de testigos no va a adquirir relevancia en los procesos contra la delincuencia organizada.

4. La extinción de dominio

Prevista en la reforma constitucional al artículo 22, se establece la figura de extinción de dominio, que tendrá un procedimiento autónomo de la materia penal. Dicha figura tiene reglas especiales, entre las que destacan: *a)* no será necesaria la sentencia condenatoria para su procedencia, *b)* se aplica a los instrumentos, objetos o productos del delito, a los que hayan sido mezclados o utilizados para mezclar los mencionados anteriormente, a testaferreros o cuando el dueño legítimo haya tenido conocimiento y no haya hecho nada para impedirlo. La transcripción del artículo es la siguiente:

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

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal.

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

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

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

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

La figura de la extinción de dominio puede ser una herramienta importante en contra de la delincuencia organizada, pues permite despojar los activos obtenidos por estos grupos. Junto a la protección de testigos, es uno de los instrumentos más eficaces del Estado para enfrentar a este tipo de delito.

A. ¿Qué es la extinción de dominio?

A pesar de su importancia, la Constitución es omisa en relación con la definición de esta figura. La extinción de dominio es una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta figura ya opera en países que tienen problemas con la delincuencia organizada como Italia y Colombia.

B. Extinción de dominio en la legislación italiana

Cuando existen indicios de que cierta persona pertenece a una asociación de tipo mafioso, el artículo 14 de la Ley Rognani La Torre²⁷ autoriza al Ministerio Público o al jefe superior a realizar indagaciones sobre las actividades y el patrimonio de la persona sospechosa. Respecto a los datos personales es importante resaltar que:

a) Las investigaciones patrimoniales pueden ser dirigidas hacia personas para las que pueda ser propuesta la medida preventiva de vigilancia especial. En consecuencia, esto también funciona también si la petición de medidas especiales no ha sido todavía presentada materialmente al presidente del tribunal. En definitiva, es suficiente con que el Ministerio Público o el jefe superior de policía dispongan de “indicios” suficientes.

²⁷ Legge 13, settembre 1982, no. 646. http://www.interno.it/dip_ps/dia/normative/1.646-1982.pdf (6 de septiembre de 2010).

b) Las investigaciones patrimoniales afectan incluso a los familiares del sujeto investigado y a otros sujetos colaterales: los convivientes de los últimos 5 años y las personas físicas o jurídicas de cuyo patrimonio los mismos sujetos resultan poder disponer en todo o en parte, directa o indirectamente.

Las medidas del secuestro y la confiscación de los patrimonios que constituyen el fruto de las actividades ilícitas están reguladas por la *Legge* 31/571965, n. 575.²⁸ El artículo 2o. de la mencionada ley permite al tribunal disponer —con decreto motivado— el secuestro de los bienes de la persona por los cuales es iniciado el procedimiento:

a) Resulta que puede disponer directa o indirectamente cuando su valor es desproporcionado con la renta declarada o con la actividad económica que desarrolla.

b) O bien cuando sobre la base de suficientes indicios, se tiene motivo para creer que los mismos sean el resultado de actividades ilícitas o constituyan la recolocación.

Con la aplicación de la medida, el tribunal dispone la confiscación de los bienes secuestrados cuando no haya sido demostrada la legítima procedencia de los mismos.

C. Principio de equidad

La medida del secuestro tiene que ser respetuosa del principio general de equidad, por lo tanto, no puede implicar indiscriminadamente el bien en su conjunto. Y tiene que ser limitado solamente al valor del bien mismo proporcionado a la recolocación de provechos ilícitos o, injustificados, con la consecuencia de que la confiscación bien puede ser limitada a la cuota ideal del bien correspondiente, en la medida de la recolocación del capital de que no haya sido demostrada su legítima procedencia.

D. Gestión y destino de bienes secuestrados

La *Legge* 7/3/1996, n. 109²⁹ dispone la gestión y destino de los bienes secuestrados. Gracias a esta ley, la estrategia antimafiosa pasó de una función preventiva inicial —de sanción de las medidas patrimonia-

²⁸ http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1965/lexs_38692.html (1o. de septiembre de 2010).

²⁹ http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1996/lexs_153789.html (1o. de septiembre de 2010).

les señaladas— a una función real de promoción socialmente útil. Los bienes son destinados al voluntariado, a la recuperación de los drogadicto, al saneamiento de los barrios degradados y la educación de la legalidad.

5. Lavado de dinero

el comercio internacional de estupefacientes blanquea como mínimo 200 mil millones de dólares anuales. Una parte importante de este dinero atraviesa las plazas financieras que operan al amparo del secreto bancario.³⁰

Este fenómeno —lavado de dinero— es el proceso de ocultamiento o encubrimiento del origen real de los recursos económicos. La finalidad es aparentar que son producto de una fuente legítima cuando en realidad son provenientes de una actividad ilícita. Habitualmente, este proceso está sancionado y es perseguido financiera y penalmente en la mayoría de los países occidentales.³¹ Detectar el destino de los bienes financieros obtenidos a través de las actividades delincuenciales puede ser una herramienta importante para perseguir y debilitar económicamente a estas organizaciones.³² A través del aseguramiento y posterior

³⁰ González Ruiz, Samuel *et al.*, “La aplicación de la Falcone Check List, en la lucha contra la delincuencia organizada en diversos talleres y su implementación en México”, en Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, *cit.*, p. 197.

³¹ García Gibson, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, México, Inacipe, 2009, p. 24.

³² El 26 de agosto de 2010 el presidente Felipe Calderón presentó ante el Congreso de la Unión iniciativas para debilitar el poder económico del crimen organizado, los ejes fundamentales en la Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Dinero y al Financiamiento del Terrorismo son los siguientes:

“1.- Estrategia para detectar eficazmente las operaciones de lavado, con el objetivo de mejorar los mecanismos para que las autoridades consulten la información de la que disponen las instituciones financieras. 2.- Los Agentes Financieros, como las Casas de Cambio, deberán sujetarse a las mismas reglas administrativas en materia de prevención de lavado de dinero. Además, habrá una nueva restricción a las operaciones que se realizan hoy todavía en efectivo. Es decir, de ser aprobada, quedará prohibida la adquisición de cualquier mueble o bien inmueble en efectivo, sean en moneda nacional o divisas extranjeras, o metales preciosos. 3.- Se mejorará el uso de información de inteligencia al supervisar operaciones concretas de transacciones internacionales. En este mismo punto, se fortalecerán los mecanismos para la detección de efectivo en los puertos de entrada y salida, así como en vías de comunicación del país. 4.- Con la finalidad de que la sociedad conozca los resultados de esta Estrategia, se aplicará una metodología que mida la efectividad de las autoridades Federales, por medio de una política efectiva de comunicación social”. <http://www.presidencia.gob.mx/prensa/?contenido=59599> (6 de septiembre de 2010).

decomiso de activos, la correcta aplicación de medidas como el *compliance* (cumplimiento) y de elementos de un programa adecuado de prevención de lavado de dinero se puede despojar a la delincuencia organizada del fruto de sus actividades. Estas medidas son más efectivas y desalentadoras de la actividad delictiva que los operativos policiales tradicionales. En este sentido, una estrategia eficiente para combatir el lavado de dinero debe incluir tres medidas:

- a) Cooperación entre autoridades bancarias y financieras.
- b) La implementación del *compliance*.
- c) Programa adecuado de prevención de lavado de dinero.

A. Cooperación entre autoridades bancarias y financieras

El delito de realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita es, tal vez, uno de los tipos penales que requieren más conocimientos técnico-jurídicos, bancarios y financieros. Es extremadamente difícil poder desenredar la maraña financiera con la que se pretende ocultar en instituciones nacionales o extranjeras los recursos, derechos o bienes, obtenidos de manera ilícita.

Por lo anterior, se necesitan altos niveles de cooperación entre las autoridades bancarias/financieras con las autoridades encargadas de la investigación de estos delitos. Debe ser una cooperación, nacional y transnacional para poder realizar investigaciones eficaces, dado que en general el tipo de mecanismos financieros usados por los grandes grupos de delincuencia organizada son de tipo transnacional.

Sin embargo, a pesar de la importancia del tema, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no lo regula de manera correcta. Dicha ley sólo establece la cooperación entre el Ministerio Público Federal y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Pero la cooperación planteada a través de la ley no se implementa en la realidad, porque no se establecen plazos mínimos y máximos legales para la entrega de documentación bursátil y de valores. Lo anterior genera que las autoridades del sistema bancario y financiero no estén obligadas a entregar la documentación, escudándose en principios como el secreto bancario o fiscal. Y en el caso de que accedan a entregar la información requerida, al no establecer mínimos ni máximos temporales, la entrega puede no concordar con los tiempos requeridos para la eficacia de la investigación.

B. *La implementación del compliance*

En México, la función del *compliance* (cumplimiento) es una institución novedosa que ha sido desarrollada solamente en el ámbito financiero. Esto constituye una importante limitación para el funcionamiento integral del *compliance*, debido a que su mayor capacidad de operación se produce cuando abarca casi todos los ámbitos de la actividad económica, sobre todo, el área empresarial. El *compliance* se encarga de la prevención del lavado de dinero en las instituciones bancarias, y es “un cuerpo independiente que revisa, evalúa y asesora sobre el debido cumplimiento de los directivos y empleados de la organización con las distintas leyes y disposiciones emitidas por las autoridades a fin de evitar sanciones impuestas por las mismas debido a la falta de cumplimiento así como daño reputacional”.³³

Esta institución nace como una herramienta de defensa de las instituciones bancarias para evitar el lavado de dinero. Pero no es una figura exclusiva del mundo bancario. La experiencia ha demostrado que cualquier empresa con flujos importantes de efectivo puede adoptar el modelo para evitar problemas de lavado de dinero. La estructura de una oficina bancaria de *compliance* es la siguiente:³⁴ a) Dirección de Compliance, b) Compliance banca personal, c) Compliance banca corporativa y filiales, d) Relación con autoridades y éticas corporativas, y e) Prevención de lavado de dinero.

Esta estructura administrativa propuesta es la encargada de la organización de la función del *compliance*, y también es la encargada de delinear las políticas públicas al respecto. Este grupo debe ser independiente de la estructura empresarial, encargarse de realizar las investigaciones de incumplimientos, de posibles incumplimientos, así como de coordinar las labores con el grupo de contraloría interna.

C. *Programa adecuado de prevención de lavado de dinero*

Un programa adecuado de prevención de lavado de dinero también es un ejemplo tomado de las prácticas bancarias. Aunque en la actualidad, en la mayoría de los países desarrollados ya no es exclusivo de ese ámbito comercial.

³³ García Gibson, Ramón, *op. cit.*, p. 199.

³⁴ *Ibidem*, p. 203.

Una de las características de este programa es el profundo conocimiento del cliente (para conocer su comportamiento y capacidades financieras). Para lograrlo es fundamental seguir los siguientes pasos:³⁵

1. Identificación del cliente.
2. Perfil del cliente.
3. Identificación de los recursos (procedencia).
4. Comportamiento transaccional esperado.

Una vez que se conoce al cliente se lo puede clasificar por riesgo, basándose en su capacidad para la transaccionalidad bancaria relacionada con el lavado de dinero. Esto demanda una política completa de tratamiento a personas y negocios de riesgo en esta materia. En resumen si se logra implementar los tres lineamientos mencionados se puede formar una ley antilavado que siga las directrices básicas mencionadas.

D. Propuestas

El ordenamiento penal propuesto opera sobre la base de las normas que imponen obligaciones específicas de información. Con esto se garantiza un fundamento probatorio idóneo:

1. Por lo anterior, es necesario el establecimiento de plazos mínimos y máximos para la entrega de información solicitada y la posibilidad de sancionar a las autoridades que las incumplan.

2. A su vez, hay que dotar a la Subprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada, a través de la Unidad Especializada en Investigación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Falsificación o Alteración de Moneda de elementos de coordinación y cooperación con los operadores bancarios y bursátiles. Esto permitirá darle instrumentos legales para consolidarla como una institución de investigación de los recursos de procedencia ilícita y facilitar su decomiso. Incluso se debería crear un órgano de élite dedicado exclusivamente a la persecución e investigación de delitos contra la salud y delincuencia organizada.³⁶ Los instrumentos mencionados pueden ser:

³⁵ *Ibidem*, p. 150.

³⁶ En la actualidad, la lucha contra este tipo de criminalidad está concentrada en las instituciones federales, la Procuraduría General de la República cuenta con la Subprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO), encargada de la persecución e investigación del delito. La Secretaría de Seguridad Pública Federal cuenta con una policía que realiza investigación y es también fuerza de reacción contra este tipo de criminalidad. Por último, la Secretaría de la Defensa Nacional destina una parte de sus elementos, los cuales ejercen funciones de inteligencia y labores de policía en contra del crimen organi-

- a. Delinear el tipo de información que se puede solicitar.
 - b. Los alcances puede tener la solicitud.
 - c. Plazos no mayores a 15 días para la entrega.
3. Implementación del compliance.
 4. Creación de un programa adecuado de prevención de lavado de dinero.
 5. Creación de una ley antilavado.
 6. Por último, es importante que el procurador general de la República o el titular de la Subprocuraduría Especializada tengan acceso directo a la información bancaria, financiera y cualquiera que tenga relación con el sistema económico de la delincuencia organizada. Esto serviría para evitar que las instituciones se respalden en algún tipo de secreto bancario, bursátil o de cualquier índole. Lo anterior tendría *beneficios en los tiempos* y eficacia de este tipo de investigaciones.

III. CONCLUSIÓN

El diseño constitucional aplicable a la delincuencia organizada identifica la restricción de garantías (régimen de excepción) con la eficacia en el combate a este tipo de criminalidad. Del mismo modo, asume que un sistema democrático garantista (sistema acusatorio) no puede ser aplicado a este tipo de delincuencia, pues las garantías individuales son un obstáculo para combatir el problema.

Este punto abre otra discusión importante, si el problema ha rebasado la posibilidad de realizar un combate con estricto apego al respeto de garantías individuales, la pregunta que se puede formular es la siguiente ¿es apropiado constitucionalizar permanentemente un régimen restrictivo de garantías? o ¿es preferible optar por su restricción absoluta de manera temporal y no de forma permanente?³⁷

Como se ha podido observar, el análisis de la definición de delincuencia organizada que aparece en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada presenta algunos inconvenientes que pueden ser subsa-

zado. Estas instituciones no están dedicadas de manera exclusiva al combate a la delincuencia organizada, sus labores son de coordinación e incluso sus objetivos pueden ser diversos.

³⁷ La suspensión de garantías se presenta para resolver problemas de perturbación grave de la paz pública (artículo 29 CPEUM), posibilidad que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 27, también contempla la suspensión de garantías para situaciones de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte (artículo 27). <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (6 de septiembre de 2010).

nados. Del mismo modo, se deben incorporar algunos instrumentos que han sido de enorme valor en el combate a la delincuencia organizada en otros países del mundo.

En su formato actual, la Ley mencionada es una institución deficiente, que puede ser violatoria de garantías y que al mismo tiempo, desaprovecha todas las posibilidades legales que tiene a su alcance para combatir un delito que es capaz de arrinconar y poner en peligro a las instituciones del Estado.

En este sentido, lo fundamental es comprender que la eficacia de dicha ley dependerá de las reformas a las leyes secundarias.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- BLOCK, Alan, "The Organized Crime Control Act, 1970: Historical Issues and Public Policy", *The Public Historian*, vol. 2, núm. 2, invierno de 1980.
- CHABAT, Jorge, "Mexico's War on Drugs: No Margin for Maneuver", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, enero 1, 2002 582.
- DALBORA GUZMÁN, José Luis, "Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 8, núm. 30, abril-junio de 2000.
- CUELLAR, Mariano, "The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 2000.
- GARCÍA GIBSON, Ramón. *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, México, Inacipe, 2009.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel *et al.*, "La aplicación de la Falcone Check List, en la lucha contra la delincuencia organizada en diversos talleres y su implementación en México", en BUSCAGLIA, Edgardo y GONZÁLEZ RUIZ, Samuel (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM-Inacipe, 2005.

- y BUSCAGLIA, Edgardo, “Como diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de Naciones Unidas”, en MACEDO DE LA CONCHA, Rafael (coord.), *Delincuencia organizada*, México, Inacipe, 2003.
- KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlín, Akademie Verlag, 1998.
- KOPP, Pierre, “Dinero de la droga y lavado de dinero”, *Nueva Sociedad*, 1996, 145.
- PATENOSTRO, Silvana, “Mexico as a Narco-Democracy”, *World Policy Journal*, vol. 12, núm. 1, verano de 1995.
- SANTIAGO VASCONCELOS, José Luis, “Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales”, en BUSCAGLIA, Edgardo y GONZÁLEZ RUIZ, Samuel (coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM-Inacipe, 2005.
- SHELLEY, Louise, “Transnational Organized Crime: An Imminent Threat to the Nation-State”, *Journal of International Affairs*, vol. 48, 1995.
- STRAFER, G. Richard, “Money Laundering: The Crime of the ‘90s”, *Am. Crim. L. Rev.*, 27, 149 (1989-1990).

Jurisprudencia

- Registro núm. 186617, localización: novena época, instancia: Pleno fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI*, julio de 2002, página: 6 Tesis: P. XXVII/2002, tesis aislada, materia(s): constitucional, penal. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>.
- Registro núm. 177765, localización: novena época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII*, julio de 2005, página: 1556, Tesis: II.2o.P.124 P, tesis aislada, materia(s): penal. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>.
- Registro núm. 177764, localización: novena época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII*, julio de 2005, página: 1557, Tesis: II.2o.P.125 P, tesis aislada, materia(s): penal. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>.

Legislación

- Código Penal Federal. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>
- Legge 13, settembre 1982, no. 646. http://www.interno.it/dip_ps/dia/normative/l.646-1982.pdf
- Legge 31/571965, n. 575. http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1965/lexs_38692.html
- Legge 7/3/1996, n. 109. http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1996/lexs_153789.html
- Ley de Seguridad Nacional. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf>
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf>

Documentos

- Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf
- Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Dinero y al Financiamiento del Terrorismo. <http://www.presidencia.gob.mx/prensa/?contenido=59599>
- Comprehensive Crime Control Act of 1984. <http://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=123365>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf>

GUSTAVO FONDEVILA / ALBERTO MEJÍA VARGAS

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. http://www.setec.gob.mx/docs/rc_3.pdf.

Organized Crime Control Act of 1970. http://c0403731.cdn.cloudfiles.rackspacespacecloud.com/collection/papers/1940/1940_SICA_H.PDF.