

DELINCUENCIA ORGANIZADA: ASPECTOS PENALES PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA

ORGANIZED CRIME: CRIMINAL ASPECTS FOR THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE

SARA PÉREZ KASPARIAN*

Universidad Anáhuac México, México
sperez@anahuac.mx

RESUMEN:

Los altos estándares probatorios en el sistema penal acusatorio exigen calidad en la investigación y durante todas las etapas procesales, mucho más cuando se trate de acreditar una de las formas más graves de delincuencia transnacional de la actualidad: la delincuencia organizada. Una de las más eficaces estrategias para evitar la impunidad de esta modalidad delictiva se logra si el Fiscal acusador cuenta con el dominio de la teoría del delito, las etapas del proceso penal donde debe intervenir con la ética y los principios del sistema acusatorio oral y las técnicas para encontrar y desahogar los datos de prueba necesarios en las audiencias orales; solo así el juez sentenciará siempre que deje atrás cualquier duda razonable. Entender el estudio dogmático del tipo penal de delincuencia organizada es una estrategia básica para evitar la impunidad.

Palabras clave:

Delincuencia organizada; Teoría del Delito; estrategias penales.

ABSTRACT:

The high evidentiary standards in the accusatory criminal system require quality in the investigation and during all procedural stages, much more when it comes to proving one of the most serious forms of transnational crime today: organized crime. One of the most effective strategies to avoid impunity for this criminal

* Doctora en Derecho. Coordinadora Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México.

modality is achieved if the accusing Prosecutor has mastery of the theory of the crime, the stages of the criminal process where he must intervene with the ethics and principles of the oral accusatory system and the techniques to find and release the necessary evidence in oral hearings; only then will the judge sentence as long as he leaves behind any reasonable doubt. Understanding the dogmatic study of the criminal offense of organized crime is a basic strategy to avoid impunity.

Keywords:

Organized Crime; Theory of Crime; criminal strategies.

I. EL BIEN JURÍDICO DE NECESARIA TUTELA PENAL: LA SEGURIDAD NACIONAL

La Seguridad de la Nación es resultante de un logro de la historia de los Estados de Derecho, el pacto social¹ significa que el Estado, contando con el equilibrio de los tres poderes, debe ofrecer seguridad a toda la sociedad y a cambio los ciudadanos perderían una parte de su libertad, todos tenemos derechos y obligaciones, pero el Estado tiene esta obligación fundamental.

Las organizaciones ilícitas que se dedican al crimen organizado, a nivel nacional y transnacional, son situación preocupante para toda la comunidad internacional de naciones, motivo del surgimiento y aprobación de la Convención de Palermo,² misma que México aprobó, y que ofrece medidas represivas y preventivas como pauta y estándar para los países miembros

Referente histórico en esta materia y de obligada consulta es el listado de Falcone,³ porque que explica la estructura de las redes criminales y ofrece muchas formas para combatirlas.

La libertad de asociación es derecho fundamental y consagrado en el artículo noveno de la constitución mexicana, se vale la debida licitud de los grupos, asociaciones, empresas que se dediquen a fines lícitos, útiles, socialmente hablando, no

¹ CAÑAS QUIRÓS, R. (2008). “El contrato social de Rousseau: El problema de la natural enemistad entre la soberanía y el gobierno”. *Revista Estudios Universidad de Costa Rica*. No. 21, pp. 137-148. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5556303.pdf> fecha de consulta 1 de noviembre 2020. Aunque como bien dice el autor siempre ha existido una natural enemistad entre la soberanía del pueblo y el gobierno...esa contradicción, o el equilibrio que representa el contrato social es la forma menos imperfecta para lograr la seguridad ciudadana y de la nación. Podrán replantearse en un momento dado los conceptos de democracia, representación política, formas de gobierno, libertad, anarquía entre otros, pero sin lugar a dudas es lo que da seguridad y paz ciudadana.

² <http://www.un.org> fecha de consulta 20 enero 2015. Convención de Palermo.

³ Orellana Wiarco, O. (2012). *Criminología moderna y contemporánea*. Porrúa. México. Pág. 383, además consulte: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2199/11.pdf> del autor Gleb Zingerman: “La lucha contra el tráfico de armas”. Pág. 120 (el sumario comprende los subtemas: Instrumentos internacionales y Mejores prácticas internacionales. Fecha de consulta 13 de marzo 2015. Igualmente se cita la plática de fecha 30 de marzo de 2012 que directamente realizó la autora de este manual al doctor Stefano Rugieri, doctor en Derecho de la *Scuola Superiore San't Anna* de Pisa y catedrático de la Universidad de Messina, Italia, donde explica el modus operandi y características de las organizaciones delincuenciales en Italia como la *Cosa Nostra* que surgió en Sicilia siglo XIX, La *Sacra Corona Unitá* en Puglia sur de Italia, en especial en Bari su capital, la Camorra napolitana o también la de Campania, así como la *Ndrangheta*, ésta última en Calabria, mucho menos conocida y que se fortaleció mucho en los años noventa del siglo XX.

así para fines prohibidos y en el caso de este delito una organización constituida de hecho no es válida ni legal por sus fines criminales. No podrían acudir a su constitución legal ante Notario Público ni mucho menos estar en el Registro Mercantil ni darse de alta en el Registro Federal de Contribuyentes.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Varios años antes de la Convención de Palermo, el Congreso mexicano aprobó y promulgó la Ley Federal para el Combate a la Delincuencia Organizada donde se encuentra tipificado este delito, igualmente la Constitución mexicana en el artículo dieciséis lo describe. Si se analizan los tres cuerpos legales mencionados, se notará que las características básicas del tipo penal son coincidentes:

– Organización de hecho (porque jurídicamente no está permitida su existencia, dado su carácter ilícito, un notario público nunca la autorizaría). La astucia y la violencia coexisten⁴ pues tienen la capacidad negativa de formar esta organización sin tener la posibilidad legal recurrir a vías permitidas.

– Tres o más personas. (Requerimiento de acuerdo al número de integrantes, la posición que cada quien ocupa en el grupo, las funciones que realiza cada uno, quiere decir que cada quien ocupa jerárquicamente un lugar,⁵ por tanto, se debe comprobar y delimitar quien es jefe, quien es ejecutor, entre otras... así como las funciones de cada quien y los delitos a que se dedican. De fundamental importancia para acreditar este delito, resultan las labores de inteligencia,⁶ para obtener información variada y esencial sobre los movimientos y operaciones ilícitas de estas organizaciones y es deber del Ministerio Público o el Fiscal, recabar los datos de prueba, evidencias, para lograr que se practiquen en audiencia oral y que lleguen a tener categoría de pruebas, hacerlo de manera ética y sin violar las disposiciones en materia procesal penal y en materia de derechos humanos. El fiscal o acusador tiene la carga de la prueba, de él depende en gran medida el éxito para una sentencia condenatoria.

⁴ <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3459/4078> fecha de consulta 7 de enero 2021. Autor Sergio García Ramírez. “La Delincuencia Organizada”. Revista No. 87 del I.I.J. de la UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

⁵ MORENO, M. (Coordinador). (2001). *La Ciencia Penal en el Umbral del siglo XXI*. IUS POENALE. Capítulo “Los nuevos retos de la justicia penal frente a la criminalidad emergente”. Autor del capítulo Sergio Correa García. Pág. 305, explica que entre las principales características de la estructura de la organización criminal en estudio esta una de las más conocidas, es la forma piramidal, en esta las órdenes se producen de manera anónima y lo que importa es el papel que desempeña el delincuente en dicha estructura, pues, en la ley mexicana en esta materia, las reglas de punibilidad son en base precisamente al lugar o posición jerárquica que ocupe, además del tipo de delito al que se dedique la organización. La denominada “compartmentación” de información es una de las estrategias que siguen los mandos medios y superiores de la organización, un ejecutor nunca o casi nunca sabe de quién directamente viene la orden que él debe ejecutar. Además de que existe un alto grado de especialización del “trabajo” delincencial.

⁶ MEDINA GONZÁLEZ DÁVILA, J. “Inteligencia. El insumo esencial para la toma de decisiones de alto nivel”. Revista Armas. No. 484. Año 75, julio-agosto 2015, México, pp. 42-47: “De manera simultánea los esfuerzos de Inteligencia deben verse acompañados por las medidas y los recursos necesarios para prevenir que otros actores, los cuales a su vez buscan sus intereses particulares puedan vulnerar las potencialidades de la Nación, su sociedad y sus organizaciones. A tales labores se les conoce genéricamente como Contra-inteligencia, la cual debe ser una labor de seguridad permanente.

– Sus miembros se dedican a cometer delitos sea de manera reiterada y permanente⁷ pues como bien expresa el autor citado, ya no es el simple bandidismo o bandidaje sino el modo de existir es estable y permanente además del “don de ubicuidad”, porque operan de manera transnacional. Existen siempre, operan siempre, tienen entre ellos fuertes vínculos de lealtad, desarrollan conductas típicas de cualquiera de los diversos delitos del catálogo del artículo 2 de la ley federal en esta materia y pueden lograr especializarse en uno de éstos o combinar unos y otros; o es el *modus vivendi* de sus miembros. Refleja el dolo de pertenencia.

– Tienen identidad,⁸ ya sea por su origen étnico, social, nacional, regional, como en los casos de la Familia Michoacana, El Cártel del Golfo, el de Sinaloa, o en otros países la Mafia, la Camorra, la ‘Ndrangheta, la Mafia Rusa, entre otros.

– *Modus operandi*, porque cuentan con la logística de búsqueda, de producción y financiera, de exportación, de importación: entre otros temas los precios, la búsqueda de mercados, los contactos con los productores, las inversiones, ganancia, como lograr evitar que les detecten las operaciones con esos recursos de procedencia ilícita. Uno de sus logros es la penetración en la economía legítima, derivado de su propio *modus operandi*.

– Ubicuidad, son organizaciones que típicamente se mueven de un país, continente a otro, se trata de delincuencia transnacional.

– Desarrollan relaciones de intercambio, cooperación, pactos con otras organizaciones delictivas, a nivel nacional e internacional. Por ejemplo, los pactos de no agresión y conservación-control del territorio o “la plaza” donde operan. Otras veces se han unido a otros grupos similares, ya sea permanente o temporalmente para lograr más eficacia en sus operaciones. Lograr la protección mutua entre dichos grupos.

– La violencia los caracteriza, no solo para controlar a sus miembros, sino para el control de personas externas a la organización en el logro del cumplimiento de los acuerdos, pactos⁹

III. EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA LEY FEDERAL MEXICANA

El necesario dominio de la Teoría del Delito o Dogmática Penal requiere que el Fiscal u acusador siga una estrategia metodológica que le servirá para probar el delito. Tanto desde la etapa de investigación hasta el juicio oral, así que, en sus alegatos de apertura tendrá que explicar al juez conjugando teoría, conceptos en cuanto a elementos objetivos, subjetivo y normativo del tipo penal y de manera armónica con aportar los datos de prueba o evidencias que haya recopilado en la

⁷ <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3444/4048> Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 87. “La Delincuencia Organizada ante del Derecho. Bunster, A.

⁸ PRIETO PALMA, C. <https://www.juridicas.unam.mx/vidoteca/evento/congreso-internacional-derecho-y-economia-informal-retos-de-la-politica-publica-del-estado-mexicano/2012-10-01/mesa-3-delinquencia-organizada-illegalidad-e-informalidad-retos-del-federalismo> fecha de consulta 14 noviembre 2020. Características de la Delincuencia Organizada y cómo influye en la Economía.

⁹ *Ibid.*

indagatoria, y que se desahoguen correctamente en la audiencia, respetando el debido proceso y evitando el efecto corruptor de la prueba.¹⁰

El conocimiento de la dogmática penal, el Derecho Penal Sustantivo de la mano con el Derecho Penal Adjetivo, la jurisprudencia y las convenciones internacionales, que forman parte de la ley mexicana y que para el delito que nos ocupa es válida porque México pertenece a la Convención de Palermo. Analizar y exponer acerca del delito en su punto de vista sustantivo conjugando las pruebas que se desahogan en la Audiencia oral, cuidando extremadamente la transparencia en la investigación y aporte de pruebas creíbles, verídicas, basadas en su obtención lícita.

El Fiscal tiene la carga¹¹ de la prueba, tema en interrelación con el Derecho Humano a la presunción de la inocencia, pues quien acusa debe probar, el sujeto activo es inocente hasta que no se compruebe lo contrario. Inmerso en esta lucha de contrarios-principio de contradicción,¹² se enmarca el Derecho Penal del Enemigo, o sea las normas severas que atacan precisamente la presunción de inocencia y otros derechos y que de excepción o normas penales del enemigo, lo que nos lleva a una encrucijada: preguntémonos por qué se establecen normas de excepción como el arraigo y la prisión preventiva oficiosa en el delito en estudio, si por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales permite que el sujeto miembro de la delincuencia organizada o de cualquier otro delito se acoja a los “criterios de oportunidad”.

Elementos objetivos: son de índole descriptivos y es necesario que el Fiscal los exponga al juez en la audiencia del juicio oral, se recomienda seguir una guía donde algunos puntos obligatorios de exponer oralmente y que van enlazados con los hechos constitutivos del delito:

– **Sujetos Activos:** Se trata de sujetos activos indeterminados porque no se señala ninguna característica específica para ellos, al tratarse de un tipo penal plurisubjetivo, que requiere de tres o más personas que pertenezcan a la organización.

Dado que las personas morales en la realidad actual pueden ser sujetos activos de delitos y se les puede exigir penalmente, bajo ciertos supuestos y siguiéndose el

¹⁰ DAGDUG KALIFE, A. (2018). *Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y Práctica*. 2da. México. Edit. INACIPE-UBI JUS. Pg. 541. Evitar el efecto corruptor de la prueba, evitando que la autoridad investigadora realice conductas fuera de lo que establece la Constitución, evitando además proponer testigos que no sean fiables y evitando la violación de los derechos fundamentales del inculcado.

¹¹ HERRERA-BAZÁN SAN MARTÍN, L. S. (2016). *Proceso Penal Mexicano*. Edit. UBIJUS. Pág. 81: Presunción de inocencia como Derecho Humano, se debe respetar porque es el Fiscal quien prueba; el obstáculo fundamental se encuentra en las normas de Derecho Penal del Enemigo que se han legitimado en la propia constitución, por ejemplo, el arraigo, así como la prisión preventiva, si al final no se logra acreditar este delito, nadie le paga al sujeto el daño psicológico, económico, incluso social que estuvo arraigado o en su caso privado provisionalmente de su libertad. De ahí la importancia de contar con Fiscales competentes que logren que sus acusaciones deriven en sentencias condenatorias. El índice actual de impunidad es alto.

¹² *Ibid.*, p. 68: “las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos, normativos y jurisprudenciales de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba o proposición de la contraparte”. Este principio tiene excepción en las audiencias privadas que el juez lleve a cabo sin la presencia del imputado o su defensor. Por ejemplo, cuando se trata de la solicitud de técnicas especiales de investigación, como el arraigo, los cateos, la intervención de comunicaciones privadas, las solicitudes y órdenes de comparecencia y aprehensión.

procedimiento que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 421 y siguientes; se debe considerar que algunos de los delitos del catálogo del artículo 2 de esta ley, contienen delitos que a su vez se encuentran en el catálogo de delitos donde la persona moral puede ser vinculada a proceso penal, (artículo 11-Bis del Código Penal Federal): supónganse el caso de un grupo de delincuencia organizada para cometer defraudación fiscal, o delitos contra la salud, o delito de contrabando fiscal, trata de personas, secuestro, delitos contra la salud, cuyos miembros pertenecen además a una empresa legalmente constituida: si se comprobaran estos delitos y se realizaron por miembros de la delincuencia organizada que a su vez pertenecen a una empresa o persona moral y que cometen el delito con el apoyo de dicha empresa, sus medios, a nombre y bajo el amparo de ésta y las ganancias van para esta, se podrían aplicar las penalidades que el propio procedimiento especial señala en la ley adjetiva y en el ya citado Código Penal Federal.

– **Sujeto Pasivo:** De acuerdo a la estricta teoría es determinado porque en razón del bien jurídico que se tutela, Seguridad Nacional, es la Federación en este caso el Estado mexicano quien sufre directamente los embates del crimen organizado, lo anterior sin excluir las víctimas directas que genera, por ejemplo si un menor de edad es usado como medio para cometer estos delitos, además de que resulta una circunstancia que califica la pena en relación a miembros del grupo, también podría afirmarse que ese sujeto es una víctima; más aún, cuando las organización utilizan a menores para cometer estos delitos también están cometiendo una modalidad de trata de personas,¹³ el drama que se presenta en estos casos es que aunque el menor sea víctima ocurre que por temor a venganzas por violar la ley del silencio (Ley de *Omerta*), o porque ya lo han enganchado en la actividad delictiva, le pagan y le dan protección a él y a su familia, casi nunca ofrecen su testimonio.¹⁴

– **El bien jurídico tutelado:** lo fundamental es la Seguridad Nacional y la Seguridad Pública, tema ya comentado en el primer acápite de este trabajo.

– **La conducta:** El comportamiento humano que tiene una trascendencia en el mundo exterior, en este delito es activa, porque los miembros o integrantes despliegan una decisión que se materializa en la realidad cuando se integran a esta organización, permanecen en ella y realizan delitos de manera constante y sin dejar de pertenecer. No habrá manera de convencer al juez si no se le acredita los sujetos se encuentran activos dentro de la organización, y esto será en base a cuál

¹³ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP_190118.pdf Ley General Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas. Artículo 25, artículo 10 de la misma, en relación a la Ley Federal para el Combate a la Delincuencia Organizada. Fecha de consulta 20 de noviembre 2020.

¹⁴ DAGDUG, K. (2006). *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*. Porrúa. México, pp. 71 y 72: Refiere el autor sobre la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 19/94 De Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, la reticencia de los testigos a emitir sus declaraciones existe miedo por diversas causas. Más aún en la propia Ley que estudiamos, el artículo 34 declara la protección a víctimas, testigos, jueces etc., sin embargo, en la práctica, ni aún los miembros de la organización que se decidan a ser “colaboradores” (artículo 35) están exceptuados de sufrir las consecuencias ya sea contra ellos o sus familiares, porque la venganza es un código de conducta en los integrantes de estos grupos.

es su función o funciones, su jerarquía, y cual o cuales de los delitos del catálogo han desplegado.

– **De acuerdo con la forma de intervención en el delito**, la teoría nos indica que pueden ser autores o en su caso partícipes. Aunque en el caso del delito principal que nos ocupa, todos los que pertenecen son autores, sería necesario acreditar quien o quienes de ese grupo son autores mediatos o con dominio en la organización del hecho o lo que también se le conoce como “autores de escritorio”,¹⁵ o sea los que hacen labores de mando, planean, organizan, financian, instigan o determinan dolosamente a los ejecutores, se sirven de otros como medio por ejemplo en el caso de la utilización de menores, adolescentes a determinados delitos podría el miembro de la delincuencia organizada caer además en delito de trata de personas, artículo 10 en relación al 25 de esa ley general.

La ley en estudio añadió a posteriori de su promulgación otros artículos puntualizando aspectos acerca de la forma de intervención, en el sentido de que *“quien a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de una organización criminal participe intencional y activamente en sus actividades ilícitas u otras de distinta naturaleza cuando conozca que con su participación contribuye al logro de la finalidad delictiva”* (artículo 2TER) lo que parecería ir en redundancia con las formas de autoría previstas para materia federal en el artículo 13 del Código Penal respectivo. Ya que quien dolosamente participe “activamente” es tal cual un autor, sea mediato o inmediato, más aún cuando “conoce que con su participación contribuye a los fines”, significa que sabe lo que quiere, sabe lo que ocurre en esa organización y de cualquier manera interviene activamente.

Otro añadido-el 2BIS-crea mucha más confusión que el anteriormente mencionado en el sentido de que “quien resuelve de concierto y acuerda los medios”, no va a ser objeto de la totalidad de las penas sino solo las dos terceras partes, lo que contradice la doctrina en cuanto a autores mediatos, a quienes debería aplicárseles la totalidad de la punibilidad siempre que sea comprobado su delito. Obsérvese que el artículo 13 del Código Penal Federal se corresponde en teoría con la autoría mediata en la fracción primera “los que acuerden o preparen su realización”, por supuesto es un tema digno de análisis pues habrá quienes consideren que el hecho de acordar los medios y llegar a un acuerdo previo, sin tomar parte en la ejecución, podría ser más benignamente sancionado, como dispuso el legislador en este artículo.

En el punto de vista personal de quien suscribe, no le veo lógica pues si se probare que alguien acordó y preparó la realización, y no ejecutó o no dirigió, pero si pertenece a la organización delictiva y tiene una posición dentro de ésta,

¹⁵ Roxin, Claus. Conferencia “El Autor Detrás del Autor”. 10 de octubre 2010 <http://www.youtube.com> Evitar la impunidad considerando autor mediato o indirecto a quien tiene alto poder de mando, puede disponer a su antojo de los ejecutores porque ejerce sobre ellos el control, los puede sustituir de ser necesario y en la Delincuencia Organizada por lo general la fungibilidad de los ejecutores se corresponde con la “eliminación” de éstos, que también ocurre cuando se salen de la organización o no obedecen las órdenes. Organizaciones delictivas apartadas de los estándares de valores reconocidos y aceptados universalmente. Estas características se corresponden con los autores de “escritorio”, en este caso los jefes que dan las órdenes.

(tenga o no posición alto o medio al final obtuvo el producto de los ilícitos a que se dedicaron los ejecutores), debe ser penalizado como autor mediato. Independientemente de este modesto punto de vista personal, oigamos lo que dice el autor Díaz De León, de una parte, él piensa que la fracción 13-I sale sobrando de la jugada, él expresa que en principio “*no tiene razón de ser*”,¹⁶ porque por mucho que se planee si no hay ejecución no hay delito y en eso tiene razón dado que actos preparatorios no son punibles a no ser que de por sí desencadenen otro delito independiente. Por otra parte analice el decir de Díaz De León, porque en todo caso “*...se hace necesario, pues, considerar el caso concreto en el cual una persona tuviera participación a nivel de acuerdo del hecho, esto es, de la planeación del objetivo delictivo común, aunque después ya no se tenga ninguna otra, para saber a ciencia cierta la naturaleza y grado de su intervención en ese momento del acuerdo o preparación del suceso típico, lo cual se ubica en la parte del tipo subjetivo, pudiendo darse el caso de que con ello creara el dolo en la mente de las restantes personas con las cuales hubiera participado en el citado acuerdo, preparación del evento...*”.¹⁷

Un ejemplo hipotético sería el caso de que alguien que pertenece o no a la organización consiga información sobre una probable víctima para secuestro de la modalidad artículo 9 inciso a, de la Ley General relativa a esa materia, de los datos de ubicación y trayecto de dicha víctima, los ejecutores la secuestran porque sus mandos les dieron la indicación, la persona que dio los datos y aportó ideas relevantes para su ejecución exigió su parte del botín, en ese caso ¿sería simplemente un cómplice?, ¿no más bien lo que comúnmente se le conoce como “autor intelectual”? Creo que sería importante delimitar su pertenencia o no al grupo y su lugar jerárquico, sin estos detalles no será posible vincularlo por el delito de delincuencia organizada, en caso de si quede comprobada su pertenencia y se tratare de un ejecutor o de un dirigente, entonces no habría problema para aplicar el total de la punibilidad del artículo 4 además del delito de secuestro. Sin embargo, las personas y en este caso el juez se debe a la ley, la sociedad confía en su prudencia.

Por lo anterior se llega a concluir que el sentido del artículo 2 BIS, podría estar en aras de punir una forma de complicidad en todo caso, con tan solo las dos terceras partes.

– **Elementos descriptivos, típicos:** En acápite anteriores se ha mencionado y explicado cuales son las características del de la descripción típica, en cuanto al número de personas tratándose de un delito plurisubjetivo, de tres o más; organización de hecho, que, de manera reiterada o permanente, conductas que de por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que ese propio tipo penal menciona. En la redacción “serán sancionadas por el solo hecho” de ser miembros de la delincuencia organizada da la idea del dolo de pertenencia. Por otra parte, no puede ser sancionado respecto a cualquier delito, sino exclusivamente los del catálogo o listado.

¹⁶ DÍAZ DE LEÓN (1997). *Código Penal Federal con Comentarios*. 2da Edición. México. 1997, p. 24 y 25.

¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

Solo en cuanto a los delitos que se encuentran en el listado del artículo 2 de dicha ley. (Esta característica diferencia a la delincuencia organizada de otros grupos o asociaciones delictivas como sería el caso de cometer un delito formando parte de una pandilla,¹⁸ para lo que se aplicaría una circunstancia agravada otro es también el caso de las asociaciones delictivas que no se dedican a los delitos del artículo 2 de la citada ley, respecto a las cuales se aplica delito independiente a la pertenencia, en síntesis, la cualidad de la organización de delincuencia organizada que la diferencia de las otras es precisamente la restricción que el tipo penal impone con el catálogo. Delito que no esté en este listado no aplicaría vinculación a este tipo de organización.

Sin estar probados los delitos que cometan formando parte de este grupo, va a ser bastante difícil poder aplicar la pena por delincuencia organizada respecto algún sujeto. Tampoco podrá aplicarse la punibilidad cuando no se acrediten y conozcan sus funciones y lugar jerárquico del sujeto. Con frecuencia los miembros de estos grupos delincuenciales tienen fuertes vínculos en cuanto a ser originarios del mismo lugar o región, o lazos de sangre u origen étnico¹⁹...eso les hace contar con mayor sentido de unidad, cohesión, lealtad, un miembro recomienda a un familiar para entrar en la organización y esa es una carta de triunfo para el aspirante, una buena recomendación lo supedita a ser mucho más leal y no traicionar a su organización.

Autonomía del delito de pertenencia no hace imposible, que se sancionen los otros en caso de no probarse el primero²⁰ aunque lo ideal es lograr que se penalicen todos los delitos incluida la pertenencia. De hecho, ha sido una estrategia de defensa en muchos casos tratar de lograr la no probanza de este reprochable ilícito. Son puntos en contra del Fiscal cuando no logra éxito y peor aún en contra de toda la sociedad que sufre indirecta o directamente de estos delitos.²¹

Por ejemplo, un grupo organizado y dedicado de manera permanente a la trata de personas...en ese caso si un sujeto resulta sometido a juicio hay que demostrar no solo su pertenencia, funciones y lugar jerárquico en el grupo sino el delito de trata de personas como tal. Por cada delito cometido y comprobado se aplicarán las reglas de concurso real²² o material de delitos, que se encuentran en esta propia ley en el artículo 4, y que se derivan de la teoría del delito,²³ también

¹⁸ Código Penal Federal: artículo 164 bis para analizar la agravante por cometer delitos formando parte de la pandilla y consulte el artículo 164 para entender el delito de asociación delictiva o banda, estas son categorías que plantean descripciones diferentes a la de delincuencia organizada. Agenda Penal Federal 2020. México. Editorial Sista.

¹⁹ <https://www.interpol.pol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada> fecha de consulta 1 de noviembre 2020.

²⁰ https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf Compendio de casos de delincuencia organizada. UNODOC. Fecha de consulta 14 de noviembre 2020.

²¹ <https://www.ejecentral.com.mx/absuelven-a-el-menchito-por-delincuencia-organizada/> Absuelven al Menchito. Fecha de consulta 14 de noviembre 2020.

²² Cuando un sujeto comete varias conductas delictivas que traen por consecuencia varios resultados se aplica el concurso real o material de delitos, artículo 18 del Código Penal Federal que se corresponde con la misma regla de punibilidad del artículo 4 de la ley federal en estudio.

²³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 48. “Se presenta el concurso real, o material, cuando existiendo varias acciones, cada una de ellas por separado conforme un delito, pues se presenta pluralidad de

puede tomarse como referencia el artículo 18 del Código Penal Federal. Pero como bien se conoce, esta propia ley en análisis establece claramente las reglas del concurso real.

– **Éxito para el Acusador: acreditar la pertenencia, las funciones y en nivel jerárquico:**

El juez quedará convencido dejando atrás toda duda razonable: Se ilustra con los siguientes ejemplos la importancia de acreditar no solo la pertenencia, sino que hace dentro del grupo y cuál es su lugar jerárquico, además del o los delitos cometidos y que se correspondan con el catálogo del artículo 2:

Caso A: El chofer de tráiler de la compañía HBNM SA de CV, dedicada al transporte de carga, el día de los hechos fue detenido en un retén y al revisarle la carga y la documentación se detectó 4 cajas-tetra pack que, en vez de contener leche, contenían clorhidrato de cocaína (un total de 10 kg).

No se pudo acreditar su pertenencia a alguna organización delictiva que se dedica reiterada y permanente a cometer los delitos ya sea el 194-I o el 195 primer párrafo (según aplique). Cuando no sea posible acreditar la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada, no aplica la ley en la materia...en todo caso se le aplica pena solamente por el delito del 194-I o el 195 primer párrafo, sea el caso que alguno de éstos (el que corresponda) se haya comprobado. Por tanto, este no parece ser un asunto de delincuencia organizada y no se aplicará el tipo básico de dicha ley.

Caso B: El mismo caso anterior, mismas cantidades de sustancia prohibida, misma persona del *trailerero*...pero, se ha podido comprobar que él pertenece desde hace un año al “grupo XKM, que se ha dedicado históricamente a actividades ilícitas relacionadas con el delito del 194-I, además de que, este sujeto en esa organización tiene una posición no de organizador, ni supervisor, ni administrador, ni jefe, sino un simple ejecutor: En ese caso se aplica la pena por el artículo 194-I más otra: la pena por el artículo 4-I-b. Una pena por cada delito aunque, delincuencia organizada es autónomo respecto a la punibilidad, va a resultar un poco difícil para el acusador imputar solamente y de manera formal dicho delito, ya que a la hora de aplicar la sentencia, el juez debe imponer una punibilidad en relación al delito y a la posición jerárquica que el sujeto ocupa en el grupo ilícito, (punibilidad es de necesario enlace entre posición jerárquica y delito como tal).

Caso C: Mismo *trailerero*, mismo día, es detenido en un retén o incluso con una orden de aprehensión, por delito de delincuencia organizada y delitos en contra de la salud, pero en su carga no hay ninguna sustancia ilícita ni tampoco en sus ropas ni en ninguna parte, pero, derivado de una denuncia anónima o de la delación de un “colaborador”, que afirma que el sujeto pertenece al cártel XKM

conductas con una pluralidad de delitos, es decir, hay tantas conductas como delitos”: La base para entender las reglas de concurso real de delitos es una disposición general establecida en el artículo que comenta el autor, sirve para entender que en la ley específica para materia delincuencia organizada se sigue el mismo sistema al aplicarse una pena por la pertenencia a la organización delictiva y una pena por cada uno del resto de los delitos que resultan realizados por sus miembros.

desde hace dos años: Detenido y posteriormente arraigado de acuerdo a la ley, acusado de ser miembro de delincuencia organizada... pero no hay otros datos de prueba que se hayan desahogado convenientemente en el juicio oral. El acusador en este caso tendrá una tarea titánica para lograr una sentencia favorable al interés social: Al no estar comprobado el delito que cometía en el momento de la detención, faltaría un elemento para poder decidir la fracción del artículo 4. La pertenencia a la delincuencia organizada se puede punir, pero...el propio tipo penal básico exige en mucha medida, que se compruebe la “actividad” sino, no se puede aplicar con exactitud la pena a aplicar.

La lógica legal indica que por los delitos que cometan los miembros de la organización delictiva, serán punibles independientemente del tipo penal de pertenecer. Dos delitos como mínimo, uno pertenecer y el otro u otros son los delitos que han realizado.

Por tal motivo se comprende que la ley, la doctrina, y la jurisprudencia van de la mano respecto a la autonomía del delito principal, sin embargo, en el camino práctico la tarea parece ardua para la autoridad que acusa, porque si esos delitos a los que se dedican no se comprueban, será imposible aplicar pena por el delito de pertenecer. Las reglas de punibilidad no dejan margen para interpretación.

Acudir a las técnicas encubiertas,²⁴ para investigar cualquier delito, pero, en especial para el que analizamos resulta ventajoso, siempre que se cuente con la autorización correspondiente para que los oficiales y agentes, con calidad de servidores públicos no incurran en violaciones al debido proceso o en delitos como en el caso de la intervención de comunicaciones privadas en materia de delincuencia organizada, tipo penal del artículo 27 de esta propia ley. La ley permite en estos casos se autoricen por parte del juez, medidas de excepción; independiente de otras tantas técnicas encubiertas, como la infiltración de agentes dentro de la organización, los equipos de vigilancia, el seguimiento a las transferencias.

– **De acuerdo a su duración:** Se trata de un delito continuo o permanente porque el sujeto integrante de la organización pertenece, y para que lo punan habrá que demostrar tal extremo, independiente de los demás delitos a que se dedique que podrían ser instantáneos en dependencia del caso, de ser secuestro estaríamos en presencia de un delito continuo o permanente al que se dedicare la organización criminal.

– **De acuerdo al grado de realización:** ¿Pertenece o no pertenece?, ese es el gran punto central que debe demostrar el Fiscal, y si pertenece ¿Cuáles son los delitos a los que se dedica? ¿Cuáles se han probado? ¿Cuál es su rol en ese grupo, será jefe o será un simple ejecutor? En este delito de permanencia no existe la tentativa punible, o se pertenece o no se pertenece, si estaba en vías de... y nunca

²⁴ https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Crime_Investigation_Spanish.pdf Policía-3: Manual de Instrucciones para la evaluación de la justicia penal. Evaluar Investigación de delitos (UNODOC/org) fecha de consulta 14 de noviembre 2020; <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/tecnicas-delincuencia-organizada-perspectiva-75295650> Autora Beatriz García Sánchez, Universidad Rey Juan Carlos. “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada, perspectiva penal. Fecha de consulta 20 de noviembre 2020.

entró a la organización, no se podría punir en este caso los actos preparatorios. La doctrina es contundente y la práctica mucho más, no se podría acusar a alguien porque se hayan obtenido informaciones, filmaciones o testimonios de que X está en vías de entrar, ha tenido “contactos con alguien” pero al final de cuentas no ha cometido algún delito propio de esa organización.

Remotamente podría afirmarse que alguien que no sea miembro de la organización, pero haga para ellos “inteligencia” o lo que comúnmente en México se conoce como “halconeó”, sería considerado como un simple cómplice. Hace unos años un juez me comentó solicitando el anonimato que para él ese caso más bien era considerado como un miembro, porque de manera permanente presta ese “servicio” a esa organización, su función es ejecutora de vigilancia en diversos puntos, y regularmente tiene contacto con quien le paga por ello y recordemos que en este tipo de organizaciones priva la secretividad, en relación de unos y otros no todos se conocen, no es como en una empresa normal, donde asisten a las juntas o se reúnen a la hora de comida, la compartimentación es una estrategia que puede ser utilizada para el bien, como en el caso del sector público entre otros las agencias de Inteligencia o el privado, por ejemplo las Empresas cuando restringen la información e secretos industriales...Un espía que presta servicios para un país en contra de otro, solo conoce a su contacto, es la estrategia de limitar el acceso a determinada información que solo deben conocer los que tengan cierta función o ciertas tareas, tiene un superior que le da las indicaciones, y con eso basta para que pertenezca. La compartimentación tiene la ventaja de evitar delaciones de los miembros de la organización que sean detenidos o secuestrados por otras organizaciones enemigas. Este es el modesto criterio que obtuve de un experto aplicador de la justicia que pide anonimato quien considera miembro a este tipo de persona que realiza ese tipo de función.

– **El objeto material:** es la persona o cosa o derecho en contra de la que recae²⁵ el delito, en los delitos en contra de la vida son las personas víctimas, en los delitos contra el patrimonio son los bienes muebles o inmuebles afectados ya sea el caso de un robo o de un fraude o para el tema de del despojo los inmuebles, para el caso que nos ocupa el bien jurídico que se tutela coincide con el objeto material: La Seguridad Nacional.

– **De acuerdo a la ofensa al bien jurídico:** Resulta de peligro en el estricto sentido pertenecer a este tipo de organización prohibida y delictiva, por quebrantar los requisitos para una asociación legal, derecho constitucional en el artículo nueve de la Carta Magna, pero no se trata en este caso de reunirse con fines pacíficos, ni altruistas, ni por el puro placer de compartir puntos de vista comunes con amigos o discutir algún tema, sino con el fin de cometer los delitos que se enumeran en el propio tipo penal. El criterio de quien suscribe se basa más bien en que analicemos que se trata de operar cometiendo delitos, por tanto, independiente que hay que acreditar la “formalidad” de la pertenencia, tenemos que pen-

²⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, R. (1950). *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Antigua Librería Robredo. México, p. 174.

sar en los daños que generan a la seguridad de la nación. Sin embargo no se pretende imponer un criterio sino, generar debates entre académicos, jueces, fiscales, abogados defensores y disertar sobre este punto para llegar a un criterio unánime, podría llegarse a la conclusión más apegada a la estricta teoría en la pertenencia ilícita que conlleva un resultado formal pero, téngase en cuenta que siguen poniendo en jaque a los órganos de la seguridad pública y que se trata de un asunto federal, de capital importancia.

– **Tipo de resultado:** En el estricto sentido teórico se trata de un delito de mera conducta por el hecho de pertenecer a la organización delictiva prohibida; sin embargo, el hecho de formar parte de un grupo que permanente o reiteradamente comete delitos, hace que se vincule necesariamente al resultado material o de daño; se ataca la Seguridad de la Nación perteneciendo a una organización ilícita que de manera permanente o reiterada comete al menos uno o varios delitos fijados en el catálogo, los sujetos activos pretenden y logran pertenecer pero no por eso y basta, sino algo más, estar atacando constantemente al Estado con la realización de los delitos.

– **Circunstancias de tiempo, modo, lugar, ocasión:** El tipo penal podría requerir la circunstancia de ocasión, dado que hay que acreditar que los delitos que cometen se ejecutan en el contexto de la pertenencia a dicha organización. En cuanto tiempo o lugar o modo, no hay características típicas requeridas en la redacción.

– **Circunstancias que lo agravan y/o circunstancias que lo califican:** Aplican circunstancias que pueden llegar a hacer mucho más severa la pena, porque las agravan aumentando la mitad de la pena a imponer, una de ellas utilizar menores (la edad penal en México es dieciocho años cumplidos) o incapaces en la realización de estos delitos, uno de los casos más dramáticos y conocidos resulta de entrenar a adolescentes para ser sicarios, repartidores de narcóticos, robo vehicular. Se debe tomar en cuenta que el hecho de la utilización de los menores también sería motivo de una pena independiente por tratarse de una modalidad de explotación en la Ley General en materia de trata (artículo 10 en relación al artículo 25); otra de las circunstancias que agrava es ser servidor público. Se han conocido varios casos donde uno de los integrantes tiene esa calidad, siendo necesario por obvias razones investigar y en su caso acreditar para severizar la pena. Si fuera el caso de servidor público expresamente la ley plantea la inhabilitación y destitución de su cargo.

Solamente aplicarían atenuantes en caso de la denominada colaboración eficaz,²⁶ esto significa que las informaciones, delaciones, documentos, evidencias, datos de prueba veraces de cualquier tipo que eviten que se continúe perpetrando el delito o que con la información que ha dado se compruebe la intervención de otras personas con funciones de supervisión, dirección, administración, que forman parte del a delincuencia organizada. El Ministerio Público/Fiscal debe considerar que no en cualquier supuesto se dejará llevar por los cantos de sirenas de los

²⁶ Artículo 35 bis, enumera las causales para que un sujeto activo sea considerado colaborador.

sujetos que ofrecen cualquier información sin fundamento, sino datos de prueba realmente relevantes para obtener resultados positivos ante el juez y que este quede convencido para emitir una sentencia condenatoria; las reglas para otorgar la reducción de pena, o en su caso cuando el victimario se convierte en testigo, se encuentran en el artículo 35 y 35 bis. Igualmente debe tomarse en cuenta el artículo 36.

– **Elemento subjetivo:** De dolo directo de acuerdo a su dirección, dolo determinado de acuerdo a su extensión en cuanto a la pertenencia, y de dolo específico porque no es cualquier sociedad o asociación, sino que el propio tipo penal requiere las características propias de dicho grupo.

Obra dolosamente todo aquel que, conociendo los elementos del delito, quiere y acepta el mismo: Elemento cognitivo se corresponde con la noción que tienen las personas en su plena facultad mental, el poder discernir entre el bien y el mal, y saben las consecuencias de pertenecer a este tipo de organización. Elemento Volitivo es la voluntad, ánimos, deseos, y todo el que está es porque quiere estar. Pensaríamos en el caso en que alguien pertenece porque está amenazado de muerte directamente o respecto a alguno de sus familiares, comprobado tal extremo estaríamos en presencia muy probablemente del a vis compulsiva o temor fundado como causa de exclusión del delito, recordando que este supuesto en materia federal se encuentra en el artículo 15-IX del código sustantivo de la Federación.

En la historia criminal se ha sabido de personas que pertenecieron y luego se retiraron del grupo y eso les costó la vida a él o a algún familiar, otras que pertenecieron, quisieron retirarse y la propia organización se lo impidió, porque se dice que hay una puerta de entrada pero no hay una de salida, algunos terminan como “colaboradores” de la justicia, testigos protegidos o lo que más de moda está en la actualidad, que consiste en acogerse al principio de oportunidad, que seguramente desencadenará la posición de testigos de cargo, protegidos malamente, porque al menos en México no existe un sistema para lograrlo en la práctica. Más tarde o más temprano casi todos terminan ejecutados. Es un hecho real y dramático que la sociedad ha sabido.

– **Elementos Normativos:** Son valorativos del juez, será el momento crucial aquel en que la autoridad jurisdiccional analizará si los conceptos previstos en el tipo penal se corresponden con los hechos. Podría decirse al respecto que se trata de un ejercicio mental y de análisis, donde el juez checa los conceptos, analiza los hechos y los va cotejando con cada característica de la descripción. Si faltare alguna de las características no será punible la conducta.

Forma de procedibilidad: Es un delito que se persigue de oficio, y no hace falta ninguna consulta popular ni mucho menos para proceder, el artículo 21 de la constitución mexicana dice que el Fiscal o Ministerio Público, como acusador público es quien ejerce la acción penal e investiga los delitos.

Excusas Absolutorias: En algunos delitos y como fundamento de que la pena es innecesaria, el legislador ha declarado que, aun existiendo una conducta típica, antijurídica y que podría ser culpable, no se procederá, algunos códigos penales

y leyes federales o generales que tipifican delitos han establecido en casos muy puntuales que se excuse al sujeto activo. Por ejemplo, recordamos en la doctrina el tema del robo del famélico por estado de necesidad, o en materia de aborto por estado de necesidad o por imprudencia de la propia madre, o en materia de armas el extranjero que por primera vez entra al país con un arma de calibre permitido, o para las víctimas de trata que son obligadas bajo amenaza de muerte a convertirse en tratantes, etc. En la ley que nos ocupa no hay exactamente ninguna declaración de este tipo.

Lo anterior es independiente de que existen beneficios que tienen un “precio” legal, y es que, a cambio de colaborar, el artículo 35 permite. A más pronta sea la colaboración, procesalmente hablando, más beneficio se obtendrá en la reducción de la punibilidad, ello con el riesgo de su vida, porque para las organizaciones de esta naturaleza es sagrada la ley de Omerta. Quien quebranta el silencio será ejecutado.

Causas de exclusión. Son los elementos negativos²⁷ ya sea de la conducta que en su caso es la ausencia de conducta, o de la tipicidad que se trata de alguna conducta atípica, o de la antijuridicidad que en ese caso serían las causas de justificación (consentimiento del pasivo, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, o de la culpabilidad que en ese caso serían las causas de inculpabilidad como los errores invencibles ya sea en cuanto al tipo o en cuanto a Derecho, la no exigibilidad de otra conducta o el temor fundado. También contempla la ley y la doctrina, que los inimputables deben ser excluidos del juicio de culpabilidad. En caso de que alguna de estas causales de exclusión se comprueben el sujeto será excluido del delito, la más conocida y que desafortunadamente se da, es la constante estrategia de defensa cuando el acusador no ha logrado acreditar la pertenencia al grupo ilícito, que requiere necesariamente probar el lugar jerárquico, funciones y el o los delitos del listado en que haya incurrido el o los miembros.

Punibilidad: Se trata de un delito de pertenencia que se pune independiente de los delitos cometidos en ocasión de estar en ese tipo de grupo; pero, la complejidad del sistema para imponer la pena requiere: que se compruebe si el sujeto activo tiene o no en el grupo una posición de dirigente, administrador, labores de mando, porque entonces la pena será más alta teniendo dicha calidad en relación de quien no la tenga y sea un simple ejecutor, para quien la pena será más benigna; además de lo anterior, se tomará en cuenta para la punibilidad cual es el tipo de delito que realizó perteneciendo, pues depende del tipo penal así será mayor o menor la severidad.

En el dramático caso que el Fiscal no logre comprobar ante el juez estos dos importantes requerimientos del tipo penal: el lugar jerárquico que ocupa el o los sujetos activos dentro de la organización y el tipo de delito al que se dedicó, entonces nos encontraremos ante el problema de la impunidad dado que el juez

²⁷ Para la materia que nos ocupa, por tratarse de delito federal, se aplicarían en caso de comprobarse las excluyentes del artículo 15 del Código Penal Federal.

no puede luchar contra lo imposible y tendrá prácticamente la imposibilidad de aplicar la pena.

Si la pertenencia no ha sido acreditada, el lugar jerárquico o función dentro del grupo ilícito tampoco, y mucho menos los delitos a los que se dedica siendo de ese grupo, será entonces sentenciado tan solo por el o los delitos que aisladamente haya cometido, y nada más. Por lo anterior hay tres puntos esenciales a comprobar:

- La pertenencia.
- El lugar jerárquico.
- El tipo o tipos penales que ha sido comprobado cometió.

Un ejemplo: Ha sido comprobado que X es financiero y supervisor de las operaciones con recursos de procedencia ilícita del cártel WWW, durante el período 2018 a 2019...además de algunos detalles en cuanto a las operaciones como tal, y para no extender el ejemplo: Aplicaría el artículo 4-I-a, de veinte a cuarenta años de prisión, la multa correspondiente, y si fuera el caso decomiso de los bienes que se le hayan asegurado. Esta pena es por pertenecer; independiente de lo anterior se le aplicará una pena por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita del artículo 400bis. Este sería un caso “perfecto”, pero en la vida real sabemos de muchos que simplemente se les pune con la portación de un arma de fuego sin licencia y nada más.

IV. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO VERSUS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

El concepto de Derecho Penal del Enemigo plantea que todos nosotros somos en potencia, enemigos del Estado y de ahí se derivan leyes muy rígidas con artículos demasiado severos, por ejemplo, la prisión preventiva y con ella la “anticipación de la punibilidad”,²⁸ el arraigo, la geolocalización, la intervención de comunicaciones privadas incluso en esta materia que nos ocupa con la autorización del juez, las leyes de extinción de dominio cuando aún no siendo declarado culpable te aseguran inmuebles, muebles, cuentas bancarias, la supresión de beneficios penitenciarios, el aumento de delitos con imprescriptibilidad, como en el caso del secuestro.

El Derecho Penal del Enemigo debe ser aplicado de última ratio, cuando ya no queden otras opciones, autores como Jakobs, citado por la autora Martínez Álvarez, plantea que puede ser útil para combatir el terrorismo;²⁹ a partir de los tristemente famosos atentados en contra de los Estados Unidos, donde derribaron las torres gemelas, aviones, y otros inmuebles se acrecentaron muchas medidas extremas para evitar este tipo de delito tan grave y reprochable, sin embargo frente a estas normas tan severas y violatorias de DDHH nos encontramos con el

²⁸ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel C. (2009). El Derecho Penal Del Enemigo. Porrúa. México, p. 60.

²⁹ *Ibid.*, p. 31.

lema de moda “Derecho Penal de Ultima Ratio Legis” que nos redirecciona hacia la aplicación de mecanismos alternos de solución de conflictos penales, entre otras la mediación, la reparación del daño en el trámite de la obtención del perdón del ofendido en delitos de querrela y otras alternativas como la aplicación de los criterios de oportunidad incluso para delincuentes de alto calibre, como los de cuello blanco en delitos relacionados con conductas corruptas, lavado de dinero e incluso delincuencia organizada.

Desde 2008 y con la reforma penal, el artículo 21 constitucional estableció la posibilidad de que el Ministerio Público o Fiscal pudiera y decidiera aplicar criterios de oportunidad. A su vez el Código Nacional de Procedimientos Penales establece en el artículo 456 a mayor detalle esta facilidad que se otorga a los sujetos activos de delitos, lo que no excluye a los miembros de la Delincuencia Organizada, por más que aparente ser estricta esta disposición, siempre existe el chance, sobre todo cuando el sujeto activo está convencido que va a lograr su libertad provisional durante el proceso, con la esperanza de una reducción de pena en caso de ser sentenciado o mucho mejor, pasar de victimario a testigo protegido, acogiéndose a los beneficios de ser colaborador, lo que se permite en la ley que analizamos. La ciudadanía en general ha conocido ya varios casos y la prensa los menciona con la mayor naturalidad, sobre todo el año 2020 es los que con más intensidad se han divulgado, y seguramente seguirán aplicándose dichos criterios por la sencilla razón de que al Fiscal les es más cómodo ofrecer al delincuente esta opción para no tener que demorar tanto la investigación y para poder aprehender y procesar a “los otros”, o los que ese delincuente señale como co-partícipes.

Esta muy de moda que, supuestos delitos que se dicen en contra de alguien, ese alguien está en este momento en su casa o en todo caso en alguna casa de seguridad y fuera del alcance de la prensa o de cualquier otro ciudadano. Se arriesga ese alguien a la venganza privada de quienes él delató...pero más importante para él es la libertad provisional y mucho más para el Fiscal colgarse medallas de éxito, que ojalá en el juicio oral no se las descuelguen: El Fiscal tendrá que probar los hechos delictivos ya sea los que cometió el delator que ahora protegido está, y probar los hechos de los delatados...o quizá los delatados también se acogerán a esos criterios tan discrecionales del Fiscal y así será una cadena de beneficiarios delincuentes a fin de cuentas.

Lo anterior lleva tintes de doble moral o realmente: ¿merece la pena como una modalidad de justicia negociada? Porque lo cierto es que no en todos los asuntos se aplican estos criterios, en este momento en su gran mayoría solo para los casos relevantes a nivel Federal.

Derivado de lo anterior, pensamos que la criminalidad de cuello blanco y cuello dorado (empresarios y políticos respectivamente) si puede acceder muy fácilmente a estos criterios ya que son discrecionales del Fiscal, pero en otros casos no existe el interés en destapar o en procesar a los sujetos activos o darles también la oportunidad. ¿Será que el uso desmedido de estos criterios de dar el chance a los “peces gordos” y no tanto a los otros desvirtuará el sentido de la justicia?

Aparentemente en la problemática actual del sistema de justicia mexicano e incluso a nivel internacional afronta un dilema: ante las tendencias más vanguardistas y humanistas del Derecho Penal, que establecen por una parte, los denominados criterios de oportunidad que las leyes de manera creciente permiten ejercer al acusador (Ministerio Público) ante el juez de Control, para llegar a formas amigables (solo en algunos delitos) de terminación del conflicto en cualquiera de las etapas procesales, por otra parte existe la severidad para quienes no pueden tener acceso al abogado privado...los de bajos recursos son los que mayormente siguen poblando las cárceles mexicanas al igual que en otros países. El lector que no crea lo último que aquí se afirma, que consulte las estadísticas carcelarias nacionales en cuanto al nivel socioeconómico de los sentenciados mexicanos y los estudios a nivel mundial en cuanto a quienes³⁰ son los que con mayor intensidad habitan los recintos penitenciarios, y que definitivamente fueron victimarios y están cumpliendo sentencia pero, se convierten en víctimas del sistema carcelario.

BREVES CONSIDERACIONES FINALES

La delincuencia organizada nacional y trasnacional existe porque los expertos aún no se han dado a la tarea de estudiarla a fondo, conocer el modus operandi, establecer estrategias de inteligencia para la seguridad con expertos de alto calibre, pero, sobre todo, que demuestren mucha ética, valores, y que no permitan que los corrompan.

Jueces, Magistrados, Fiscales y Expertos en Inteligencia para la Seguridad deben trabajar de manera coordinada en el combate a este fenómeno que tanto perjudica a los países y a la sociedad.

Tener el dominio de la Teoría del Delito, para aplicarla en el desarrollo de la investigación y en las audiencias, así como contar con peritos expertos, con ética y valores será la meta a alcanzar de manera inmediata, todos podemos contribuir y los maestros en las aulas universitarias formando a las nuevas generaciones: conocimientos-ética-valores humanos para el bien común.

Decisión para aplicar o no los criterios de oportunidad en estos casos, debe realizarse de manera selectiva, en los casos que realmente lo merecen y no de manera indiscriminada: que no se haga costumbre, sino que se apliquen solo cuando correspondan.

Que los intereses políticos no sean el escudo para que los acusadores públicos hagan de la excepción la cotidianidad.

³⁰ NEUMAN, E. (1994) *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal. Volumen-II*. Buenos Aires. Universidad, p. 251.