

EL GARANTISMO Y SUS EXCEPCIONES EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO: PRINCIPAL ENFOQUE EN EL TRATAMIENTO DE LA DELICUENCIA ORGANIZADA

THE GUARANTEEISM AND ITS EXCEPTIONS IN THE MEXICAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: MAIN FOCUS ON THE TREATMENT OF ORGANIZED CRIME

Luis Felipe Guerrero Agripino

Doctor en Derecho penal por la Universidad de Salamanca, España. Profesor del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato. Rector de ese Campus. México.

E-mail: lfga@quijote.ugto.mx

RESUMO

En los últimos años en el sistema jurídico mexicano ha habido importantes reformas constitucionales que inciden en el fortalecimiento del sistema penal. El nivel de atención se enfoca con mayor énfasis a la problemática de la delincuencia organizada y existen motivos suficientes para ello, aunque merece la pena un análisis detenido sobre sus alcances. En las siguientes líneas, abordaremos precisamente este tema a fin de brindar un panorama general de dicha manifestación criminal y poner de relieve cómo representa un punto de quiebre en la construcción del sistema penal de corte garantista.

Palavras-chave: reformas constitucionales, sistema penal, delincuencia organizada.

ABSTRACT

In recent years in the Mexican legal system there has been significant constitutional reforms that affect the strength of the penal system. The level of attention is focused with greater emphasis to the problem of organized crime and there are sufficient grounds for doing so, but worth a careful analysis of its extent. In the following lines, we will address precisely this issue in order to provide an overview of the criminal manifestation and highlight how it represents a turning point in the building of a guarantor criminal court system.

Keywords: Constitutional reform, criminal justice system, organized crime;

SUMARIO

INTRODUCCIÓN; 1 LAS AGRUPACIONES EN MÉXICO; 2 RASGO PRINCIPAL EN EL CONTEXTO MEXICANO: LA VIOLÊNCIA; 2.1 Incremento de la frecuencia y violencia desmedida: algunas cifras y la percepción ciudadana; 3 REACCIONES ANTE EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA GRUPAL EN MÉXICO; 3.1 La reacción punitiva estatal; 3.1.1 La fuerza operativa; 3.1.2 Los cotos de la reacción operativa del Estado mexicano: la reacción a la reacción; 3.1.3 La fuerza del sistema penal: reforma constitucional en materia penal 2008; 3.2 Algunas reacciones sociales; 3.2.1 La respuesta ciudadana; 3.2.2 Medios de comunicación; 3.3 El saldo de la estrategia punitiva; 3.4 La percepción del fenómeno en el contexto general de la problemática social; 4 EL PUNTO DE QUIEBRE O DE REFORZAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO MEXICANO: EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN *VERSUS* LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS; 4.1 La reforma constitucional en materia de Derechos humanos; CONCLUSIÓN; REFERÊNCIAS.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años en el sistema jurídico mexicano ha habido importantes reformas constitucionales que inciden en el fortalecimiento del sistema penal. Por ejemplo, la de 2008, que, entre otros aspectos, regula las bases para la construcción del proceso penal de corte acusatorio, lo cual era un gran pendiente; éramos de los países con mayor rezago en Centro y Sudamérica¹. Otra gran reforma se dio en 2011, en materia de Derechos humanos, que, desde nuestro punto de vista, es el avance más significativo en la historia constitucional mexicana.

No obstante, el sistema de justicia penal mexicano, sigue siendo uno de los temas prioritarios en la agenda nacional. No falta razón para ello, si palpamos el sentir generalizado en torno a los problemas de inseguridad en gran parte del País. Entre mitos y realidades, lo cierto es que no estamos en nuestro mejor momento por lo que al fortalecimiento del Estado de Derecho respecta.

Nos encontramos con dicotomías importantes: de un lado, avances en lo que concierne a la construcción de un sistema penal garantista y de otro lado, posturas político criminales que van en sentido inverso a dicha tendencia.

El nivel de atención se enfoca con mayor énfasis a la problemática de la delincuencia organizada y existen motivos suficientes para ello, aunque merece la pena un análisis detenido sobre sus alcances. En las siguientes líneas, abordaremos precisamente este tema a fin de brindar un panorama general de dicha manifestación criminal y poner de relieve cómo representa un punto de quiebre en la construcción del sistema penal de corte garantista².

1 LAS AGRUPACIONES CRIMINALES EN MÉXICO

¹ Uno de los alcances de esta reforma lo abordamos en AGRIPINO, Luis Felipe Guerrero. **Teoría del delito y argumentación jurídica**: Notas para la construcción de la teoría del caso en el sistema penal acusatorio. México: Universidad de Guanajuato, 2012.

² Su contenido se deriva de un nuevo apartado “Panorama actual de la delincuencia grupal en México ¿Sólo delincuencia organizada?” de la segunda edición del libro, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. **La delincuencia organizada: Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales**. México: Ubijus y Universidad de Guanajuato, 2012.

En México, la proliferación de las agrupaciones delictivas, abarca más que las dedicadas al narcotráfico. También ubicamos su presencia en otros ámbitos como el secuestro, la extorsión, la trata de personas, la piratería, entre otros.³ Estamos en presencia de una manifestación criminológica con rasgos singulares.

A partir de la caracterización analizada en apartados anteriores, en algunos casos, los carteles mexicanos llegan a constituir una manifestación de lo que comúnmente se suele entender como delincuencia organizada, en atención a los fines que persigue y a los medios que utiliza. Se conducen notoriamente como empresas exitosas en sólidos esquemas organizacionales. Pero la proliferación referida nos incita a formularnos varias interrogantes: ¿cuántos carteles hay y dónde están?, ¿en todos los casos podemos hablar de agrupaciones que poseen los rasgos más o menos ubicables como delincuencia organizada?, ¿además de los carteles del narcotráfico, las otras agrupaciones que persiguen fines delictivos también poseen tales rasgos? La respuesta varía según la fuente. La Agencia Antinarcóticos de Estados Unidos (DEA) señala que hay 30 organizaciones mexicanas a cargo del narcotráfico. La Sub-Procuraduría de Investigación Especializada contra la Delincuencia Organizada de México (SIEDO) establece que existen más de 130 células de delincuencia organizada. La Procuraduría General de la República enumera siete carteles mexicanos: el de Juárez, el del Golfo, el de Tijuana, el de Colima, el de Sinaloa, el del Milenio y el de Oaxaca. En fechas recientes “La Familia”, en Michoacán, se ha agregado a los carteles activos.⁴ No obstante, la fenomenología actual en México se manifiesta también en la frecuente expansión, fusión, recomposición y generación de nuevos carteles o agrupaciones delictivas que surgen bajo denominaciones diversas.

Lo cierto es que la proclividad de agruparse para delinquir, se encuentra en una dinámica de integración y atomización sistemática, bajo diversas modalidades de operación y de fines. Esta complejidad dificulta el análisis del fenómeno y, en consecuencia, el establecimiento de una política criminal para su tratamiento.

2 RASGO PRINCIPAL EN EL CONTEXTO MEXICANO: LA VIOLENCIA

³ SÁNCHEZ-CABALLERO, Rigalt. Carteles mexicanos ¿cuántos hay? ¿dónde están? *La crónica de hoy*. México, 2009. Disponible en: <http://www.cronica.com.mx/especial.php?id_tema=1254&id_notas=447994>.

⁴ Ibidem.

Los rasgos fenomenológicos de la delincuencia grupal en México, desde nuestro punto de vista, los podemos ubicar en dos vertientes: por un lado, se manifiesta con los principales componentes de la caracterización de la delincuencia organizada, respecto de sus fines (preponderantemente económicos) y medios (procesos, planeación, organización, reparto de tareas, jerarquías, ganancias, costos, etc.). Esta personalidad es la que le ha permitido penetrar más allá de las fronteras nacionales. Pero, por otro lado, en el entorno nacional, un gran sector de la delincuencia grupal ha adquirido un rasgo peculiar: la violencia exacerbada. Violencia que, además de subir de frecuencia y de intensidad, ha abierto, de manera paulatina, nuevas direcciones: hacia agrupaciones rivales, hacia miembros de cuerpos policiales, hacia figuras políticas, hacia civiles, hasta a los sectores sociales más vulnerables. Uno de los problemas de violencia más graves es la que atenta contra grupos vulnerables, entre ellos niños y campesinos marginados; sectores de la población captados por la delincuencia organizada para incorporarlos a las tareas más peligrosas y desgastantes.⁵ Al respecto, resulta aplicable la reflexión de Ferrajoli⁶:

[...] Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico, en virtud del cual, como lo ha señalado Jean de Maillard, 'el más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta'. 'Los mayores beneficios', dice Maillard, 'son generados por la capacidad de valorizar la pobreza a través de la transgresión social de las prohibiciones'. Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores, dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación

⁵ Un ejemplo es el relato del sobreviviente de la masacre del rancho San Fernando en Tamaulipas: “[...] Narró el sobreviviente que la matanza fue en represalia por que los secuestrados se negaron a ser sicarios, condición que imponían los secuestradores para dejarlos con vida. Los plagiados eran más de 70 y todos fueron baleados [...]”. DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. **Relato del sobreviviente**. México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2010, artículos 2010. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/relato_del_sobreviviente.asp>.

⁶ *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione (Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation, 2001)*, trad. al italiano de M. Guareschi, Milán, Feltrinelli, 2002, p. 17. Citado por FERRAJOLI. Criminalidad y globalización. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 115, enero/abril. 2006. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>>.

social de la mano de obra que trabaja para ellas. También la criminalidad organizada presenta, como ha demostrado Vincenzo Ruggiero, una estratificación de clase, pues la pequeña criminalidad empleada es a su vez explotada por la gran criminalidad integrada en los grupos dirigentes.

Este panorama de violencia que se vive en México, se ha evidenciado en acontecimientos de diversa índole. Han sido frecuentes los hallazgos de cabezas decapitadas; personas masacradas; o personas privadas de su libertad encontradas en las cajuelas de los automóviles, sólo por referir algunos ejemplos.

2.1 Incremento de la frecuencia y violencia desmedida: algunas cifras y la percepción ciudadana

La frecuencia de enfrentamientos y homicidios, entre otras de sus manifestaciones, han llegado a ser parte de la cotidianidad de algunas regiones y entidades federativas. Sin embargo, existe una controversia respecto a su incremento.

En el terreno de la medición de la actividad delictiva, tanto de la denominada convencional, como de la referida a la delincuencia organizada, existe actualmente una gran polémica en nuestro País.⁷ Por ejemplo, de un lado se encuentra la información de la Séptima Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI-7)⁸ del INEGI.⁹ Por otro lado, se destaca la problemática inherente a la distinción entre la medición de la frecuencia de la actividad

⁷ El punto neurálgico de dicha controversia actual se ubica en que dicha actividad de medición, durante largo tiempo, fue desarrollada desde el ámbito privado, específicamente por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C., quien realizó de la primer hasta la sexta edición de la Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI). A partir de la Séptima ENSI, el aparato estatal, se abrogó dicha responsabilidad; con el escenario que se señala más adelante. Así, los organismos no gubernamentales han mostrado su descuerdo en haber sido excluidos de las actividades de medición de la criminalidad en México.

⁸ Entre algunas de las cuestiones que se han señalado: Inclusión de preguntas que afectan la consistencia de la encuesta victimológica, duplicación de la extensión del cuestionario y ausencia de incidentes en el levantamiento de los datos, entre otros. ICESI. **Consideraciones acerca de la Séptima Encuesta Nacional Sobre Inseguridad**. México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C, 2010, Estadísticas. Disponible en http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/consideraciones_ENSI-7.pdf.

⁹ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, entidad pública creada el 25 de enero de 1983, por decreto presidencial. *“Con su creación, el INEGI modernizó la valiosa tradición que tenía nuestro país en materia de captación, procesamiento y difusión de información acerca del territorio, la población y la economía. Conjuntó en una sola institución la responsabilidad de generar la información estadística y geográfica”*. INEGI. **Acerca del INEGI**, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: <http://www.inegi.org.mx/inegi/acercade/default.aspx>.

delictiva cometida por la delincuencia organizada y la de la delincuencia convencional, aunada a la complejidad de la cifra oscura, cada vez menos oculta. Esta diversidad de cifras y perspectivas ha llamado la atención de líderes de opinión. Por ejemplo, refiere Federico Reyes Heróles:

[...] Cómo explicar que, según los datos del INEGI, en el 2009 la criminalidad en México bajó con relación a los años anteriores. Difícil creerlo cuando se tienen en mente situaciones como las que se han vivido en Tamaulipas, Michoacán, Chihuahua [...] cómo olvidar Morelos o Nuevo León, que se han sumado a la lista de entidades violentas. Hay más [...] los mexicanos súbitamente denunciaron más, tuvieron más confianza en las instituciones y en las acciones de investigación. Se denunciaba en promedio uno de cada cinco delitos cometidos, pero de nuevo, según el INEGI, en el 2009 hubo menos delitos y más denuncias [...]¹⁰

Por su parte, el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C. (ICESI), en su Sexta Encuesta Nacional Sobre Inseguridad (ENSI-6), correspondiente al año 2008, encontró, respecto de mediciones anteriores, un incremento estadísticamente significativo en la prevalencia delictiva por entidad y ciudad.¹¹

Diez entidades federativas registraron un incremento, siete de ellas con puntuaciones por arriba de la media nacional (11%): Aguascalientes, Sonora, Coahuila, Michoacán, Colima, Baja California Sur y Querétaro; y tres con valores por debajo de este puntaje: Nayarit, Hidalgo y Zacatecas.

Es preciso puntualizar que este incremento se refiere a la actividad delictiva total. Por medio de estos resultados, no es posible identificar la dinámica de la actividad delictiva correspondiente a la delincuencia organizada, no obstante que en la propia encuesta se encuentra un apartado destinado a la medición de las modalidades y características de los delitos.

¹⁰ REYES HEROLES, Federico. *Ante todo debéis respetaros a vosotros mismos*. México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2010, Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/ante_todo.asp>.

¹¹ ICESI. *Victimización, Incidencia y Cifra Negra en México*, Análisis de la ENSI-6, México, Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2009, Cuadernos del ICESI 8. p. 31-32. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/documentos/publicaciones/cuadernos/cuaderno_8.pdf>.

Respecto de la población victimada por algún delito en la República Mexicana, en 2008, de las 15 zonas metropolitanas de estudio,¹² tres mostraron cambios significativos: una a la alza: Chihuahua; y dos a la baja: D. F. y Ciudad de México. Las tres ciudades se encuentran por arriba de la media global de ciudades y de la media nacional.

Sin embargo, derivado de estos datos, existe una percepción social de inseguridad,¹³ asociada principalmente con el incremento de homicidios vinculados a la delincuencia organizada. Al respecto, Escalante Gonzalbo ofrece un interesante análisis en *El homicidio en México entre 1990 y 2007. Aproximación estadística*. En dicho análisis, se desprende que de 1990 a 2007, la tendencia de la tasa nacional de homicidios presentaba un decremento llegando, en ese último año, a registrarse menos de 10 por cada 100 mil habitantes; en 2008 se interrumpió la tendencia, incrementándose en un 50%; lo mismo que en 2009, para ubicarse menos de 17 por cada 100 mil habitantes. Esta ruptura drástica devela la presencia de un factor ajeno al propio evento, de otro modo la tendencia no hubiera presentado tales variaciones. La explicación oficial asocia este movimiento al enfrentamiento entre miembros del crimen organizado. Al respecto, Escalante Gonzalbo refiere:

[...] Sin duda existe esa lucha entre contrabandistas y sin duda ocasiona muchas muertes, pero me cuesta trabajo pensar que explique el movimiento de la tasa nacional por completo. Para empezar, la cuenta de los asesinatos del “crimen organizado”, según la llevan todos los periódicos, sumaba para 2009 alrededor de 22 mil casos; la cuenta de las actas de defunción para ese periodo, entre 2007 y 2009, suma algo más de 43 mil casos. Aparte de eso está el hecho de que esas “guerras” entre contrabandistas han existido siempre, en el pasado reciente y algunas incluso son “estadísticamente visibles”, por decirlo así, como la de Nuevo Laredo entre 2005 y 2006. No son una novedad, como sí lo es el cambio de tendencia de la tasa nacional de homicidios.¹⁴

¹² Chihuahua, D. F., Ciudad de México, Mexicali, ZC Mex., Tijuana, Cancún, Guadalajara, Ciudad Juárez, Acapulco, Toluca, Oaxaca, Cuernavaca, Monterrey y Culiacán. ICESI. **Consideraciones acerca de la Séptima Encuesta Nacional sobre inseguridad. México.** Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2010, Estadísticas. p.32 Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/consideraciones_ENSI-7.pdf>.

¹³ Vid. GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis. **Percepción ciudadana de la inseguridad.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Vid. GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis; KALA, Julio César; ARCE, José Luis; y RIESTRA, Martín. **Estrategia Policial Inseguridad y victimización.** México: Universidad de Guanajuato e Instituto Estatal de Ciencias Penales del Estado de Guanajuato, 2008. Respecto del desarrollo instrumental y teórico de la percepción ciudadana de inseguridad y victimización.

¹⁴ ESCALANTE GONZALBO, Fernando. **Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso en:** Nexos en línea, México: Nexos, 2011, n° 397. Disponible en: <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=1943189>>.

En 2009, el registro nacional de homicidios se incrementó a 19 809 homicidios. Por otro lado, Escalante encontró una relación importante entre homicidios, entidades federativas y regiones con graves problemas delictivos vinculados a la delincuencia organizada.

Tijuana muestra una relación inversamente proporcional de homicidios respecto de toda Baja California. En 2009, en esta ciudad fronteriza se registró más del 70% de los homicidios cometidos en el Estado.

Ciudad Juárez y Chihuahua, por su parte, también han mostrado relaciones inversas en homicidios. De 1990 a 2006, la mayor carga de frecuencia se encontraba en la entidad federativa, en 2007 se equilibraron, y desde 2008 Ciudad Juárez representa la mayor proporción, con más del 60% de los homicidios registrados en toda la entidad en 2009.

Recapitulando, la violencia, en sus más crudas y bastas manifestaciones, es un rasgo distintivo y preocupante y, nos atreveríamos a decir, sin aún muchos estudios que nos orienten sobre su génesis y alcances en el contexto de la criminalidad grupal en México.

3 REACCIONES ANTE EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA GRUPAL EN MÉXICO

En el tratamiento de la actividad delictiva, en general, y particularmente de la delincuencia organizada, es necesaria la vinculación, para su tratamiento, en tres enfoques: criminológico, político criminal y jurídico penal. Bajo esa perspectiva, por lo que al caso mexicano atañe, su problemática nos sugiere ubicar el fenómeno en sí, bajo su perspectiva criminológica y, como la otra cara de la moneda, la reacción del Estado ante el fenómeno aludido; particularmente, la reacción punitiva. Y es que si de debilitamiento de los fundamentos del Estado democrático hablamos, debemos tomar en cuenta ambos lados: por uno la agresión derivada de la delincuencia grupal y del otro, la reacción emanada del propio Estado. A continuación, se ofrece un panorama general sobre este segundo aspecto, acordes con la estructura y delimitación del enfoque de este libro, desde su primera edición.

3.1 La reacción punitiva estatal

La reacción punitiva del Estado mexicano, ante el fenómeno de la delincuencia grupal, desde nuestro punto de vista, se ubica en dos vertientes. Por un lado, se manifiesta con la decisión de enfrentar, a través de los cuerpos policiales, militares y marinos, a los distintos

grupos delictivos. Por otra parte, la reacción estatal se expresa mediante el endurecimiento del sistema de justicia penal, a través de distintas reformas constitucionales y legales. Es así que, en el ejercicio del *jus puniendi* estatal, el estado mexicano también ha optado por hacer uso de las expresiones más agresivas, para enfrentar los rasgos de violencia que caracterizan a la criminalidad grupal. En otras palabras, ha decidido enfrentar a la violencia delictiva con la violencia institucional, en rangos considerables.

3.1.1 La fuerza operativa

Desde la administración pública federal, y con mayor énfasis desde la actual administración (2006-2012), se ha asumido una postura político criminal: declarar una “guerra” contra la delincuencia organizada; en mayor intensidad con aquella vinculada a las actividades del narcotráfico y el secuestro. Para ello se han destinado recursos presupuestales, humanos y materiales considerables para establecer una estrategia permanente de operativos, preponderantemente en el norte del país y en entidades y regiones en las que operan con mayor notoriedad estos grupos criminales.¹⁵

3.1.2 Los cotos de la reacción operativa del Estado mexicano: la reacción a la reacción

El clima de violencia, a su vez, es génesis de otras consecuencias. Al respecto, Rafael Fernández Domínguez ha señalado:

[...] Esta situación de violencia generalizada, desencadenada por los carteles de la droga en México, además del profundo daño físico y moral que somete a la población, origina otro daño colateral que tampoco debemos dejar de mencionar: las negativas consecuencias para la economía mexicana, perfectamente identificables en la actualidad en la esfera del turismo. Por ejemplo, las visitas de estadounidenses —en su mayoría empresarios— a México se han reducido ostensiblemente, en algunos casos hasta en un 60% en relación con el año anterior, en tanto en la red hotelera de Cancún ha registrado ocupación por debajo del habitual. Además de que tanto el gobierno de los

¹⁵ Dentro de estas acciones, sin duda la más polémica ha sido la de incluir en estos operativos al Ejército y Fuerzas Armadas; distintas voces han señalado la necesidad de eliminar de estos operativos a los militares y marinos, destacando que su misión fundamental no es luchar contra civiles (que no están preparados para ello), sino la seguridad nacional, entre otros argumentos interesantes.

Estados Unidos, como el de Canadá, fuentes tradicionales para el turismo mexicano, han emitido alertas desaconsejando a sus nacionales viajar a México [...] ¹⁶

Tanto en la esfera internacional como en el ámbito nacional, la violencia ha sido reconocida como un problema altamente preocupante. El crimen organizado afecta muchos aspectos, por ejemplo la calidad de vida física y emocional de los habitantes, y altera los escenarios económicos y políticos de los países. Por ello, las medidas de política pública orientadas a enfrentar la violencia no deben asumirla sólo como un problema de comportamiento ilegal y fortalecimiento de leyes, sino como un evento estrechamente vinculado al desarrollo económico, social y cultural del País y sus regiones ¹⁷.

Ante fenómenos de esta índole, la ONU ha exhortado a sus miembros a:

[...] implementar medidas apropiadas, especialmente en los niveles regional y subregional, tomando en cuenta las características, necesidades, nivel de desarrollo y tradiciones culturales propias de cada Estado, particularmente en lo concerniente a las interrelaciones de la criminalidad con aspectos como la estructura poblacional, el crecimiento, la urbanización, la industria, las oportunidades, el empleo, la equidad en el reparto de la riqueza y la migración [...] ¹⁸

Ahora bien, los análisis de la reacción institucional frente a la delincuencia organizada cubren un amplio espectro, desde las reflexiones jurídico-penales, hasta las violaciones a derechos humanos. No obstante, pocas veces se ha orientado el examen al incremento de la violencia institucional referida a costo en vidas: homicidios asociados al despliegue policial, local, federal y militar, para enfrentar a la delincuencia. Aunado a ello habría que precisar el número de “desaparecidos” y el número de “desplazados”. Estas consecuencias forman parte del problema, a menos que como “estrategias de guerra”, se asuman como daños colaterales, normales y tolerables. Tal apreciación se considera, en su caso, inconcebible.

3.1.3 La fuerza del sistema penal: reforma constitucional en materia penal 2008

¹⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Narcotráfico y violencia en la actualidad mexicana*, Centro de Estudios sobre América, artículos, Disponible en: <<http://www.cea.co.cu/Art%C3%ADculos/2010/Rafa.htm>>.

¹⁷ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis: *Relato del sobreviviente*, op. cit.

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Compendium of United Nations Standard and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice*, 1998, Disponible en: <<http://www.un.org>>, y *Global Report on Crime and Justice*, 1999, Disponible en: <<http://www.un.org>>.

Otra vertiente de la respuesta institucional, ante el fenómeno estudiado, ha sido el endurecimiento del sistema de justicia penal. Bajo la justificación de lograr mayor eficiencia se han debilitado formal y fácticamente algunos principios constitucionales. La proclividad a endurecer el *ius puniendi* estatal manifestada a finales del siglo pasado, encontró en la primera década de éste un punto culminante. Prueba de ello es la “regulación” en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante: CPEUM) de figuras que estaban legisladas, pero eran cuestionadas, fundamentalmente por el sector doctrinal, por ser inconstitucionales.¹⁹

El 8 de marzo de 2007, el Ejecutivo Federal presentó a la Cámara de Senadores un Proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la CPEUM (dicha iniciativa finalmente se aprobó en junio de 2008). A nuestro entender, del contexto general del discurso se alcanzan a apreciar, principalmente, tres elementos inspiradores de la reforma: el abatimiento de la delincuencia en aras del “fortalecimiento” del Estado democrático de Derecho, la erradicación de los niveles de impunidad y la “modernización” del sistema de justicia penal. La reforma tiene sus claroscuros. Hay aspectos que llaman la atención por su pertinencia. Por ejemplo, la implementación del proceso penal de corte acusatorio y la regulación de mecanismos alternos de solución de conflictos. No obstante, se aprecia una tendencia: mayor rigor punitivo y flexibilización de principios garantistas fundadores del Estado democrático de Derecho principalmente para combatir la “delincuencia organizada”.

En efecto, de la orientación general de la reforma se desprende un tratamiento diferenciado en relación con una particular manifestación de la criminalidad: la delincuencia organizada. Así se aprecia en la regulación de las medidas cautelares. Por ejemplo, en el caso del arraigo (artículo 16), el término de treinta días podrá duplicarse, si se trata de esta modalidad criminal. Más aún, se establece en el último texto de la reforma en ese precepto que “tratándose de delitos considerados como delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e intervención de comunicaciones privadas, cuya validez estará sujeta a revisión posterior en los términos que determine la ley”.

Otro ejemplo es la posibilidad del Estado de aplicar a su favor bienes respecto de los cuales existan datos suficientes para considerar que son instrumento, objeto o producto de actividades de la delincuencia organizada (artículo 22). Se sostiene en la exposición de motivos

¹⁹ Por ejemplo, el de presunción de inocencia, al incluir la referencia al arraigo en la CPEUM a fin de evitar los problemas de su constitucionalidad.

que “la idea es perseguir los bienes de la delincuencia organizada, independientemente de dónde se encuentren o de su situación jurídica, con el fin de minar sus estructuras financieras, lo que permitirá un mayor combate al crimen organizado”.

Reiteramos, no es novedad la tendencia a propiciar un marco de regulación distinto para esta manifestación de la criminalidad. Prueba de ello es la vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO), con más de quince años de existencia en nuestro País. Dicha legislación se caracteriza por su rigor punitivo y la flexibilización de principios garantistas, como se hace referencia en la capítulo quinto.

Esta tendencia confirma nuestra postura: al problema que representa la delincuencia organizada, en cuanto a las nefastas consecuencias de su actuación para el Estado mexicano, se le debe agregar otro, el sustento de su tratamiento. Y es que resulta preocupante la ligereza con la que se asume postura, sobre todo por algunos actores políticos, en relación con tal fenómeno. Expresiones como “mano dura contra la delincuencia organizada”, “cero tolerancia contra la criminalidad organizada”, “toda la fuerza de la ley contra la delincuencia organizada”, etc., se convierten en una suerte de “muletillas” o eslogans para llamar la atención. Desgraciadamente suelen lograrlo, pero cuando se someten a mayor rigor analítico, terminan por ser presa de su propia superficialidad.

En resumen, existe una tendencia político criminal: acudir a instrumentos jurídicos distintos contra la criminalidad organizada, en virtud de su peligrosidad. Se asume como un frente común del Estado contra una categorización de delincuentes, con los cuales se debe actuar con mayor rigor.

Con la reforma prácticamente se concretó la implantación de dos tratamientos jurídico penales dentro del sistema constitucional penal mexicano: el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo²⁰, se pretendió integrar en el sistema de justicia penal nacional estas dos posturas antitéticas, bajo el argumento que no son dos esferas aisladas del Derecho penal, sino tratamientos diferenciados en un solo contexto jurídico-penal, en el que coexisten ambas.²¹

²⁰ Vide JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 60. En torno a la proliferación, en términos más generales, de dicha corriente después del acontecimiento referido, vide GORDILLO FERRÉ, José Luis. Impacto de la globalización en los derechos de libertad. In: **Memorias del ciclo de conferencias: Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI**, Instituto de Investigaciones Legislativas del Congreso del Estado de Guanajuato, 2004, p. 88-89.

²¹ Respecto al doble enjuiciamiento, Sergio Garcia Ramírez refiere: “En conclusión tenemos a la vista la constitucionalización de un doble sistema de enjuiciamiento, en un caso, con derechos y garantías plenos, en el otro, con derechos y garantías suprimidos, reducidos o recortados”. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La

Sin embargo, en una, se trata al autor como persona, como ciudadano; y en la otra, como fuente de peligro.²²

Con esta reforma se aprecia la motivación de resolver dos problemáticas: por una parte, la impunidad y la inseguridad²³ y, por otra, los efectos de la percepción ciudadana, por lo que concierne al temor generalizado de ser victimado por la delincuencia y, la desconfianza en las instituciones.

Sin embargo, el planteamiento nuclear: institucionalizar la excepción de garantías, aun y cuando sólo se orienta -inicialmente- al tratamiento jurídico-penal de los miembros de la delincuencia organizada, representa, sin duda alguna, un retroceso en la construcción de un Estado constitucional.²⁴ Ahora bien, enfrentar la impunidad, a través del debilitamiento de garantías, no es más que relajar el binomio eficiencia-eficacia del aparato público en detrimento del propio Estado.

Revertir la inseguridad y recuperar la confianza ciudadana en las instituciones motivaron la reforma constitucional. Sin embargo, inseguridad y confianza ciudadana no se vinculan primaria ni únicamente con la incidencia y la prevalencia delictiva, sino con la construcción de un ambiente que posibilite el ejercicio pleno de los derechos. Huelga decir que al Derecho penal sólo le compete una minúscula parte de esta tarea, la de castigar a quien rompa el pacto, pero bajo los límites que le imponga el régimen político en el que éste se haya construido. Infortunadamente, cuando la política pública fracasa y dejan de cumplirse los cometidos del Estado, es fácil sucumbir ante el espejismo de la mano dura del Derecho penal.

iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004. In: PEÑALOZA, Pedro (Coord), **Seguridad Pública: Voces diversas en un enfoque multidisciplinario**. México, : Porrúa, 2005, p. 245.

²² Vide JAKOBS; CANCIO MELIÁ, Derecho penal... op. cit., p. 22.

²³ Aplica lo que en su momento expuso Sergio Garcia Ramírez, en torno a otra iniciativa análoga, planteada en el pasado reciente: "Las iniciativas no se dirigen a aliviar las insoportables condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, y cuya corrección requeriría acciones de diverso carácter, emprendidas conforme a una política criminal que no ha existido en estos años y que las iniciativas no plantean. El objetivo de aquéllas es otro. Se concentran, como señalé, en la procuración y la administración de justicia, que por sí solas no podrían modificar esas condiciones de inseguridad y reducir el crecimiento y virulencia de la criminalidad, tanto tradicional como evolucionada. Nada podrían avanzar, por ejemplo, en la lucha contra la impunidad, que es uno de los principales factores de la inseguridad existente." GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004**, op. cit., p. 231-232.

²⁴ Vide KALA, Julio César. Antinomia en torno a la Reforma del Estado. La iniciativa de reforma constitucional en el ámbito penal. In: GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, (coord.). **Consideraciones sobre la reforma del Estado Mexicano. La agenda urgente y algunos temas pendientes**. Universidad de Guanajuato, 2008.

Las críticas en torno a las tendencias punitivas son recurrentes. Por ejemplo, Luis de la Barreda, expuso en su momento: “Es inaceptable la instauración de un régimen de excepción para la delincuencia organizada: rompe con el principio de igualdad de todos ante la ley y da al traste con la protección universal de las garantías constitucionales”²⁵

Ahora bien, estas tendencias no son propias de nuestro sistema, parece ser una tendencia globalizada. Al respecto, merece la pena preguntarnos: ¿el modelo de producción legislativa de los Estados contemporáneos es ajeno a su orientación política-filosófica? No, más bien responde a ella; en el primero funciona como variable independiente y el segundo como dependiente. El Estado dirige, el modelo formaliza, por ello el examen de uno devela el otro.

Ferrajoli²⁶ identifica dos acepciones de Estado de Derecho:

Lato sensu, “aquel en el que todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal”; *stricto sensu*, “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos, por ejemplo el respeto a los Derechos Humanos.

3.2 Algunas reacciones sociales

La delincuencia no es ajena a la sociedad en la que surge y se desarrolla. Por eso, ante un problema como el que representa la delincuencia grupal en México, debemos plantearnos cuál es la respuesta del Estado, no sólo del gobierno. Tal planteamiento nos conduce a ponderar el papel de la sociedad a valorar su reacción ante el fenómeno en cuestión.

3.2.1 La respuesta ciudadana

Como ha quedado establecido, la delincuencia organizada representa uno de los problemas más importantes para el Estado mexicano. El deterioro que ha causado en la economía, la política y la vida social de cada vez más ciudades del país requiere de una especial

²⁵ También en referencia a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004., In: PEÑALOZA, Pedro, (Coord.). *Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*. México: Porrúa, p. 163.

²⁶ Los entrecomillados de este apartado corresponden a FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005, p. 13-14.

atención desde diferentes enfoques disciplinares. Es urgente la reconstrucción de escenarios sociales seguros en los que se garanticen los derechos de los habitantes, en los que el temor a ser victimizado no impida el desarrollo de la vida social.

Sin embargo, la percepción social de inseguridad pública generada por el incremento de la violencia y de la actividad delictiva referida a la delincuencia organizada²⁷ ha perturbado gravemente la dinámica social y disminuido la calidad de vida de las personas.

Aunado a lo anterior, el sistema de justicia penal pasa por un momento crítico. Las instituciones y los cuerpos policiales no han logrado sancionar ni prevenir eficazmente los delitos, pese a los reiterados esfuerzos por endurecer su actuación. Estos factores generan una gran desconfianza ciudadana en las instituciones públicas, a grado tal que en ocasiones ha tomado la justicia en propia mano, lo que representa sin lugar a duda un grave problema de gobernabilidad²⁸.

Así, la falta de credibilidad en las instituciones del sistema de justicia penal impide enfrentar favorablemente los problemas sociales del estado mexicano, entre ellos la delincuencia,²⁹ y particularmente el de la delincuencia grupal.

²⁷ La percepción de inseguridad se encuentra vinculada con los procesos de integración de la información, con la experiencia previa y con el sentido de membrecía. No obstante que los índices de la delincuencia convencional -no organizada- han permanecido constantes durante los últimos años, a diferencia de los relativos a la delincuencia organizada, la sociedad se siente atemorizada por el incremento *desmesurado* de delitos, sin identificar claramente la fuente e impacto de la información. Vide ARANGO DURAN, Arturo y LARA MEDINA, Cristina. Las estadísticas de seguridad pública en México, situación y perspectivas. In: Luis González Placencia, José Luis Arce Aguilar y Metztlí Álvarez, Ángel Porrúa (Coord.). **Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad: 11 estudios en materia de seguridad ciudadana en México**, México, 2008.

²⁸ Desde la perspectiva trilateral el problema central de la gobernabilidad democrática es el desequilibrio entre el crecimiento de las demandas sociales y la incapacidad gubernamental para atenderlas. Eficacia, legitimidad y estabilidad en el ejercicio del poder político, caracterizan la gobernabilidad. Vide CAMOU, Antonio. Gobernabilidad y democracia. In: INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL. **Cuadernos de divulgación de la cultura democrática**. n° 6, México, 1995. Por su parte, Bobbio refiere los problemas de gobernabilidad en las democracias a “[...] la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja [...] no el exceso sino el defecto de poder”, identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad -limitada- de respuesta del sistema político, ii) conflictualidad propia de las democracias y iii) distribución del poder. BOBBIO, Norberto. Liberalismo y democracia, trad. José F. Fernández Santillán, Breviarios, n° 476, México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 103.

²⁹ Elisa Bin, en apoyo a esta idea, ha señalado: “[...] en el seno de la Sociedad Civil se ha producido un cambio que se expresa no sólo en la exteriorización de la sensación de malestar por la pérdida del bienestar general, sino también en el fortalecimiento de los nuevos movimientos sociales ante el debilitamiento y retroceso del Estado para atender la demanda social [...]”. BIN, Elisa. Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia participativa. In: Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño, Comp. Ricardo Romero,

Ante el estado de cosas referido, la expresión e intervención ciudadana se ha hecho presente. Los movimientos ciudadanos abarcan un gran espectro de estructuras organizativas y de pretensiones, desde agrupaciones vecinales que mediante la generación de redes de autoprotección, de estrategias y de dispositivos de seguridad situacional y de vigilancia compartida, pretenden reducir los márgenes de inseguridad, hasta la creación de organismos no gubernamentales. No obstante, desde esas organizaciones también es frecuente encontrarse con el mismo discurso estatal: endurecimiento del sistema penal,³⁰ aunque en los últimos años han surgido posturas más proactivas.

Este tipo de respuestas ciudadanas representa el principio de subsidiariedad inverso.³¹ Es decir, que la ciudadanía toma por cuenta propia los problemas que el aparato gubernamental no ha logrado asumir de manera satisfactoria. Ahora, merece la pena encausar esta participación social en cuanto se realice dentro del marco que impone el Estado de derecho. Si así no sucede, se corre el riesgo de incrementar la violencia social.

3.2.2 Medios de comunicación

En el escenario que hemos referido en apartados anteriores, el papel de los medios de comunicación ha sido relevante. Por un lado, nadie duda de la loable labor del ejercicio periodístico en la transmisión de esta realidad nacional, pero tampoco puede desestimarse su coadyuvancia en la construcción de un estado generalizado de alarma y angustia social.

Lo mismo que con el incremento de la actividad delictiva del crimen organizado, de un tiempo a la fecha, las noticias de ejecutados, decapitados y homicidios, producto del

Argentina: Red de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005. Disponible en: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep.pdf>, formato pdf>.

³⁰ Efectivamente, en el contexto referido, no puede dejarse de mencionar la actitud y exigencias de la sociedad organizada. Resulta interesante vislumbrar cómo incluso esas peticiones, además de ir subiendo de tono, también han ido variando de contenido y dirección: “que restablezca el Estado la seguridad pública”, “mano dura con los delincuentes”, “que si no pueden (los altos funcionarios públicos) renuncien”, “respeto a los derechos humanos”, “alto a las muertes ‘colaterales’ de esta guerra”; incluso, de manera dramática, se han escuchado voces que suplican un alto al fuego y la negociación de la paz con la delincuencia organizada, en las que se retomen aquellos códigos de ética que antaño seguían en su operación diaria delictiva. Es decir, en este último caso, desde la sociedad, se pide a la delincuencia grupal en México que deje de lado la violencia desmedida, y retome sus características de “organizada”.

³¹ RENDÓN CORONA, Armando. Los retos de la Democracia participativa. México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad_Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, *Revista Sociológica* año 19, n° 54, 2004. Disponible en: <<http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/5408.pdf>>.

enfrentamiento entre grupos delincuenciales, se han vuelto cotidianas e irrelevantes por su frecuencia y magnitud para el común de los habitantes. Paradójicamente, la pérdida de la capacidad de asombro y la angustia se han incorporado al talante ciudadano. Asimismo, producto de estos recuentos noticiosos, el país ha sido considerado por otras naciones y empresas turísticas como peligroso por la violencia que se está viviendo.³²

En la prensa mexicana diariamente se describen dramáticos acontecimientos vinculados al narcotráfico y a la violencia desatada por los carteles de la droga que se aniquilan entre sí, en presencia de las fuerzas del orden público y de ciudadanos que se cruzan fortuitamente en sus disputas. Es frecuente que la información esté acompañada de imágenes grotescas que muestran escenas dantescas, en las que aparecen cadáveres decapitados o cabezas humanas en rudimentarios envoltorios.³³

Por otro lado, esta violencia también ha llegado a afectar a periodistas, quienes denuncian las actividades criminales y la corrupción gubernamental asociada a la delincuencia organizada.³⁴

3.3 El saldo de la estrategia punitiva

Indiscutiblemente, el nivel de violencia en México, derivada precisamente de la actividad delincencial, antes de la instrumentación de la política pública de ataque frontal a la delincuencia organizada, era alto y alarmante. Sin embargo, luego de varios años de aplicación permanente de esta estrategia, los resultados son palpables. El costo más perceptible de esta “guerra” declarada por el Estado mexicano a la delincuencia, se manifiesta en el número de muertos y desaparecidos, incluso de “desplazados”. Entre estas bajas, se ubican delincuentes, policías, militares, políticos y, sobre todo, víctimas inocentes. En estos últimos es donde se ubica el mayor costo de esta reacción institucional.

³² HAWLEY, Chris. La violencia en México no es tan extendida como parece. México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2010, artículos 2010. Disponible en: <<http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/violence.asp>>.

³³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Rafael: Narcotráfico y violencia en la actualidad mexicana, op. cit.

³⁴ “[...] En 2008 desaparecieron 8 periodistas y al menos tres periodistas mexicanos viven hoy en el exilio, uno de ellos del semanario Proceso, que publica semanalmente investigaciones sobre los carteles más activos del país. México se convirtió en el país más peligroso del mundo para ejercer el periodismo, después de Irak, según Reporteros sin Fronteras [...]”. BARTOLOMÉ, Mariano César. México y su lucha contra el crimen organizado. Argentina, Centro de Estudios Continentales sobre Seguridad y Justicia, **Nuevos paradigmas y prospectiva**. Disponible en: <<http://www.cecnews.org.ar/blog/?p=141>>.

Es decir, el clima actual es de una violencia exacerbada e incomprensible, que en nada se parece a aquella violencia inicial (aunque, desde luego, preocupante) que motivó precisamente esta respuesta institucional. Nos encontramos entonces ante una espiral en la que ninguna de las fuerzas intervinientes pretende cesar. También nos encontramos en un momento en el que es difícil determinar quién empezó la violencia actual, quién detonó con sus decisiones y acciones el descontrol vigente.

Por supuesto, estas reflexiones no implican necesariamente atacar irreflexivamente la decisión estatal referida, sino abrir el análisis hacia la necesidad de orientar las decisiones gubernamentales a otras posibles políticas públicas, diversas a las eminentemente reactivas.

3.4 La percepción del fenómeno en el contexto general de la problemática social

Indudablemente, la delincuencia organizada se encuentra enmarcada por el contexto bajo el cual se surge y se desarrolla. Su imbricación en una sociedad determinada se manifiesta de manera endógena. Siendo así, aunque escapa de los fines de este texto entrar a mayores honduras, resulta oportuno señalar que los grandes problemas sociales endémicos de México son varios, además de la criminalidad grupal, la cual representa uno de ellos y, en gran medida, la manifestación de otros problemas.

Desde luego, los temores de mayor difusión por parte del gobierno y de los medios de comunicación, son los emanados de la criminalidad -y principalmente la que se suele ubicar como "organizada"-, lo cual incide en la percepción de la sociedad, llegando a relativizar una realidad mucho más amplia. No obstante, tener un panorama más completo, no implica restarle importancia al problema sustancial que nos ocupa, sino que precisamente conlleva dimensionarlo con mayor solvencia.

Por ejemplo, el uso de la violencia y las redes de corrupción, no son exclusivas de la criminalidad grupal, más bien ésta es una de sus expresiones. Y es que no escapan del fenómeno factores como las grandes brechas de desigualdad, la pobreza extrema, el rezago educativo, la crisis de valores, entre otras circunstancias, que han derivado una complejidad preocupante en el concierto nacional. Por eso se aprecia ilustrativo lo que Pía Lara ubica como una suerte de "metástasis", que afecta el tejido social en partes.³⁵

³⁵ Así lo precisa, refiriendo datos del INEGI, PIA LARA, Mónica. La bancarrota moral. In: *Nexos*, n° 410, febrero, 2012, p. 37.

Por otro lado, debemos hacer especial énfasis en la gran cantidad de víctimas a consecuencia de la criminalidad grupal, sin perder de vista, también, otra gran cantidad de víctimas a consecuencia de otros grandes problemas sociales. Por ejemplo, se puede poner de relieve los nueve mil muertos derivados del narco cada año, pero también destaca los nueve mil muertos por desnutrición.³⁶ Y ni qué decir del número de muertos a consecuencia de enfermedades prevenibles o tratables; de catástrofes naturales susceptibles de afrontarse con políticas públicas adecuadas; o de la gran cantidad de muertos en accidentes de tráfico de vehículos a consecuencia del consumo de una droga socialmente aceptada: el alcohol.

Esta realidad no la podemos soslayar.³⁷ Tampoco podemos dejar de reconocer que en el tratamiento de esa gran complejidad, poco, muy poco puede hacer el derecho penal.

5. EL PUNTO DE QUIEBRE O DE REFORZAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO MEXICANO: EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN VERSUS LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El problema que hemos abordado, merece la pena analizarlo con mayor detenimiento conceptual. Para ello es preciso retomar la función primigenia del Estado: garantizar la seguridad de los gobernados. Pero, ¿es posible el tratamiento de estas manifestaciones de la criminalidad con las figuras jurídicas tradicionales, con los principios garantistas clásicos?, o ¿es necesario generar nuevas alternativas, aun a costa del sacrificio de dichas garantías?

Al respecto es posible identificar dos extremos: En un sector, podemos ubicar a quienes se mantienen renuentes a la posibilidad de ceder en cualquier aspecto técnico o garantista que implique transgredir los postulados que sustentan un Estado democrático. Por otro lado, ubicamos a quienes plantean la necesidad de modificar, sustituir o prescindir de esos principios en aras de posibilitar el tratamiento a manifestaciones de la criminalidad, particularmente la organizada. A su vez, entre ambos extremos existen posturas intermedias.³⁸

³⁶ Vide LÓPEZ-GUERRA, Claudio. ¿El mal? No: La injusticia. In: *Nexos*, cit., p. 41.

³⁷ Por eso, incluso se ha llegado a cuestionar el propio marco conceptual de “La seguridad”, para darle un enfoque mucho más amplio. Sobre esa perspectiva, vide PEÑA RAZO, Francisco Javier. *La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México*. México: Universidad de Guadalajara, 2011.

³⁸ Vide GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. *Fundamentos de la dogmática jurídica*. Yussim, Guanajuato, 2004, p. 120 y ss. En su momento el Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de Justicia del REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global - www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 2, jul./dez., 2014

Lo cierto es que el Derecho penal está teniendo un papel protagónico en los Estados contemporáneos. Cada vez es más intensa la tendencia de acudir a él para la resolución de conflictos sociales. Esta situación se refleja en un notorio incremento de las conductas tipificadas como delitos y de las penas, aunado a la flexibilidad de las disposiciones dogmáticas bajo la justificación de *erradicar la impunidad*. Mientras eso sucede, la fachada del *Estado de Derecho* luce como un elemento latente en los discursos de los operadores políticos del sistema penal. Además, se habla mucho de la consolidación de los *Estados democráticos*, y no tan fácilmente se pone en tela de juicio la preponderancia de los derechos fundamentales.

No obstante, si hiciéramos una evaluación de los ordenamientos jurídico penales en los Estados que se ostentan como democráticos, desde una perspectiva estrictamente garantista, difícilmente se derivarían resultados favorables. La democracia no se mide por el principio de mayorías, sino por su racionalidad; su consistencia y su concordancia con principios elementales que le dan sustento y legitimidad. Decir Estado de Derecho, es más que un recurso retórico, es una expresión de un elevado contenido y definición conceptual, que en la primera mitad del siglo XIX Robert von Mohl comenzó a utilizar para referirse a los requerimientos y exigencias correspondientes al Estado liberal democrático.³⁹ Aunado a ello, en la construcción del discurso jurídico penal hay que añadir las repercusiones derivadas de la transformación de Estado democrático a social y democrático de Derecho.

Como ya se ha apuntado, ante la inseguridad provocado por la delincuencia organizada, la sociedad mexicana, en su mayoría, ha proclamado por un Derecho penal más eficaz, y el poder público ha satisfecho esta petición. Sin embargo, estos derroteros de la política criminal fracturan al Estado social y democrático de Derecho y es que desde la perspectiva democrática, la pretensión por formalizar las excepciones constitucionales, en torno a la delincuencia organizada, por sí mismas propician el debilitamiento constitucional del Estado. Es posible reconocer una legítima y obligada preocupación, en este caso, del ejecutivo federal, por

Distrito Federal presentó con una edición especial la Revista Sistema Penal, editada por su Instituto de Formación Profesional, número en el que se documenta el debate respecto de la reciente reforma penal en México. (VV.AA). **Sistema Penal**, Edición especial, agosto 2007, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México.

³⁹ Vide DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurua, 1988, p. 17 y 18. Enfatiza que no todo Estado es Estado de Derecho, no obstante que se tenga un orden jurídico y un sistema de legalidad, sino que las ideas de control jurídico, la regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado como sometimiento a la ley, deben aparecer como aspectos centrales en el concepto del Estado de Derecho, en relación con el respeto al hombre y a los derechos fundamentales.

atender los problemas generados por la delincuencia organizada. También, es factible identificar el anhelo de resolver lo antes posible este problema. Sin embargo, considerar al *ius puniendi* y particularmente, al Derecho penal como primera instancia,⁴⁰ en la solución de conflictos sociales puede revelar candidez o autoritarismo, ya que no sólo no los resuelve, sino los potencia y genera más, amén de impedir la participación de instituciones sociales y gubernamentales que intervienen más rápida y eficientemente.

Lo anterior es reconocer implícitamente el fracaso gubernamental en la construcción del escenario y dinámica social. Asimismo, lleva a la postre a un callejón sin salida: ¿A qué recurrir? cuando el Derecho penal no resuelve el conflicto, como hasta ahora ha sucedido, si éste es la última opción, ¿qué queda? ¿recrudescerlo aún más? De ser así, el derecho penal terminará por perder su vocación e identidad garantista.

4.1 La reforma constitucional en materia de Derechos humanos

Hemos hecho énfasis en la regulación de un auténtico régimen de excepción para el tratamiento de la delincuencia organizada, en la CPEUM, a partir de su reforma de 2008. Claro está que nuestro enfoque se ciñe en la contradicción de este tratamiento excepcional con los fundamentos del Estado democrático, al rebasar principios garantistas básicos que constituyen el andamiaje de aquél. En otras palabras: en el caso que nos ocupa, estaríamos en presencia de un tratamiento constitucional no acorde con un modelo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona. De hecho, en esa dirección se encuentra el capítulo V de este libro, por lo que concierne a los problemas derivados de la tipificación de esta particular forma de delinquir.

Pues bien, a partir de dicha reforma constitucional, de alguna manera existía un tratamiento coherente, con independencia de que pudiéramos estar o no de acuerdo con él. No obstante, el 10 de junio de 2011 se publicó otra reforma constitucional de gran calado. Dicha reforma a diversos preceptos de la Carta Fundamental, tiene como génesis y corolario la modificación al artículo primero que quedó como a continuación se transcribe, en la parte que nos interesa destacar (el resaltado es propio):

⁴⁰ No me refiero en esta parte a la pretensión preventiva ex ante radicalizada -intervención del Derecho Penal previa a la lesión de bienes jurídicos-, sino a la suposición de que el Derecho Penal inhiba la comisión de delitos. Vide KALA, Julio César. Perseverancia en los contenidos penales preventivos. In: PEÑALOZA, Pedro, (Coord). **Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario**, México: Porrúa.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta CPEUM y con los tratados internacionales de la materia **favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.**

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona.

Desde la perspectiva del fortalecimiento del estado de derecho mexicano, esta reforma representa una de las más importantes que ha tenido la CPEUM. Conlleva una transformación discursiva, legal e institucional, en materia de derechos fundamentales. A su vez, concita la construcción de nuevos paradigmas jurídicos y políticos. Principios inherentes a la protección integral de los derechos humanos como los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, representan la columna vertebral de la reforma aludida.

En cuanto a su aplicación a los casos concretos, son de destacarse, fundamentalmente, la sistematización de dos técnicas de interpretación: de un lado, la interpretación conforme, en virtud de la cual las normas en materia de derechos fundamentales, se deben interpretar asumiendo como marco de referencia infranqueable la CPEUM y los tratados internacionales, suscritos con base en aquélla. Por otra parte, bajo la interpretación pro personae, cuando exista la posibilidad de encontrar diversas interpretaciones a las normas jurídicas, se deberá optar aquella que más proteja al titular de los derechos fundamentales.

No pretendemos en este espacio abundar sobre el gran marco conceptual que se deriva de la reforma comentada. Tan sólo hemos hecho esta elemental referencia, para poner de relieve una controversia que, desde nuestro punto de vista, se actualiza en el modelo constitucional penal en México. Nos referimos a la dicotomía existente entre el régimen de excepción regulado en la CPEUM, para el tratamiento de la delincuencia organizada y las consecuencias jurídicas e institucionales que se derivan en torno a su regulación y aplicación, a partir de esta gran reforma en materia de derechos humanos. Y es que no se requiere mayor esfuerzo interpretativo para inferir la contradicción con principios garantistas -como el de

presunción de inocencia, de defensa, legalidad, intervención mínima entre otros- inmersa de dicho régimen de excepción, deberá someterse a valoración conforme a los varemos derivados de la reforma en materia de derechos humanos. Bajo ese tenor, se aprecia una tendencia: de facto y de jure, el tratamiento excepcional de la delincuencia organizada, regulado desde la propia Carta Magna, carece de soporte jurídico constitucional.

La situación controversial no es menor, incide en los postulados básicos del Estado democrático. Lo importante ahora será la reacción estatal al respecto, con los riesgos que ello conlleva. Por ejemplo, esperemos no se caiga en la indiferencia y se siga aplicando, tal cual, el régimen de excepción, sin entrar a mayor análisis, como si no existiera la reforma. O bien, cuando mucho justificar dicha tendencia bajo el argumento de que precisamente la propia CPEUM establece un ámbito de excepcionalidad a las reglas generales. Esperemos que tampoco se realicen reformas legislativas o se adopten medidas institucionales, tendentes a darle la vuelta al sentido de la reforma y darle un seguimiento simulado, para mantener la misma tendencia. Es decir, cambiar para seguir iguales.

Esperemos, pues, no suceda la indiferencia o la simulación. La primera, terminaría por convertir en letra muerta el avance constitucional en materia de derechos humanos; la segunda, es uno de los males endémicos que históricamente arrastra nuestro País.

Tampoco debemos perder de vista el riesgo en cuanto a la percepción social en torno al fomento a la impunidad, cuando se trata de anteponer el respeto a los derechos humanos, como es el caso. Anticipamos esa posibilidad porque, al margen de las medidas legislativas e institucionales que, en su caso, se vayan a adoptar, resulta viable que los inculpados acudan a los medios de impugnación correspondientes para salvaguardar sus derechos fundamentales, atendiendo al espíritu de dicha reforma. En consecuencia, pueden derivarse resoluciones favorables a los presuntos responsables, propiciándose las reacciones escépticas por parte de sectores de la sociedad y de la opinión pública, poniendo en entredicho el sistema jurídico penal de México.

Se pone a prueba, entonces, no sólo la capacidad de las instituciones para otorgarle sentido a los nuevos paradigmas constitucionales en materia de derechos humanos, particularmente por lo que concierne al tratamiento de la delincuencia organizada, sino también la madurez del Estado, en su conjunto, para asimilarlos. Para entender que la defensa de la seguridad de la colectividad y de las libertades de la persona, no son variables que se

contraponen, sino partes incluyentes y complementarias del estado democrático de derecho que tanto pregonamos y que tanto hace falta fortalecer.

CONCLUSÃO

Al problema social que representa el auge de la criminalidad grupal en México, en contrapartida, la reacción del Estado se caracteriza por la utilización del iuspuniendi de manera excesiva, superando los límites de un estado de Derecho. Dicho exceso, se manifiesta tanto en el ámbito jurídico, como en el operativo. Esta última manifestación se hace evidente con la intervención de las fuerzas armadas en funciones distantes de la seguridad nacional, particularmente situadas en la reacción contra grupos dedicados al narcotráfico.

Desde la perspectiva del Derecho penal, con desánimo podemos apreciar que su misión delimitadora de la fuerza estatal, bajo la preponderancia de principios garantistas y la técnica que se deriva de la dogmática, ha sido rebasada. En contraposición al derecho penal de última ratio prevalece la tendencia a anteponerlo como política estatal prioritaria, por encima de los postulados del estado de Derecho.

No obstante, es de destacarse la reforma constitucional publicada en junio de 2011 en materia de derechos humanos. Dicha reforma pone de relieve una dicotomía que toca las fibras más hondas de los postulados del Estado democrático: el régimen de excepción regulador de la delincuencia organizada no es compatible con la esencia y razón de ser de la reforma constitucional referida, que pone en un plano mayor el respeto a los derechos fundamentales de la persona. En el Estado Mexicano deberán asumir postura al respecto y orientar o reorientar la legislación y la política criminal, si es que se pretende mantener un discurso constitucional congruente.

REFERÊNCIAS

ARANGO DURAN, Arturo; LARA MEDINA, Cristina. Las estadísticas de seguridad pública en México, situación y perspectivas. In: PLACENCIA, Luis González, AGUILAR, José Luis Arce; METZTLI

ÁLVAREZ, Ángel (Coord.). **Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad, 11 estudios en materia de seguridad ciudadana en México.** México: Porrúa, 2008.

BARTOLOMÉ, Mariano César. México y su lucha contra el crimen organizado, Argentina, Centro de Estudios Continentales sobre Seguridad y Justicia. **Nuevos paradigmas y prospectiva,** Disponible en: <<http://www.cecnews.org.ar/blog/?p=141>>.

BIN, Elisa. Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia participativa. In: ROMERO, Ricardo. **Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño,** Argentina, Red de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005. Disponible en: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia.** trad. José F. Fernández Santillán, Breviarios n° 476, México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

CAMOU, Antonio. Gobernabilidad y democracia. In: INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL. **Cuadernos de divulgación de la cultura democrática.** n°. 6, México, 1995.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. **Relato del sobreviviente.** México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., 2010, artículos 2010. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/relato_del_sobreviviente.asp>.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática.** Madrid: Taurus, 1988.

ESCALANTE GONZALBO, Fernando. Homicidios 2008-2009. La muerte tiene permiso. In: **Nexos.** México, Nexos, 2011, n° 397. Disponible en: <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=1943189>>.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. **Narcotráfico y violencia en la actualidad mexicana.** Centro de Estudios sobre América, artículos. Disponible en: <<http://www.cea.co.cu/Art%C3%ADculos/2010/Rafa.htm>>.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI. Criminalidad y globalización. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** n° 115, enero-abril, traducción de Miguel Carbonell, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>>.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004. In: PEÑALOZA, Pedro (Coord). **Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario.** México: Porrúa, 2005.

GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis. **Percepción ciudadana de la inseguridad,** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis; KALA, Julio César; ARCE, José Luis; y RIESTRA, Martín. **Estrategia Policial Inseguridad y victimización**. México: Universidad de Guanajuato e Instituto Estatal de Ciencias Penales del Estado de Guanajuato, 2008.

GORDILLO FERRÉ, José Luis. Impacto de la globalización en los derechos de libertad. In: **Memorias del ciclo de conferencias: Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI**, Instituto de Investigaciones Legislativas del Congreso del Estado de Guanajuato, 2004.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. **Fundamentos de la dogmática jurídica**. Yussim, México, 2004.

_____. **La delincuencia organizada: Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales**. México: Ubijus y Universidad de Guanajuato, 2012.

_____. Teoría del delito y argumentación jurídica: Notas para la construcción de la teoría del caso en el sistema penal acusatorio. México: Universidad de Guanajuato y Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, Poder Judicial del Estado de Guanajuato y la LXI Legislatura del H. Congreso del Estado de Guanajuato, 2012.

HAWLEY, Chris. La violencia en México no es tan extendida como parece. A. C., 2010, artículos 2010, México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad. Disponible en: <<http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/violence.asp>>.

ICESI. Victimización, Incidencia y Cifra Negra en México, Análisis de la ENSI-6. A. C., 2009, **Cuadernos del ICESI 8**, México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/documentos/publicaciones/cuadernos/cuaderno_8.pdf>.

_____. **Consideraciones acerca de la Séptima Encuesta Nacional Sobre Inseguridad**. A. C, 2010, Estadísticas. México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/consideraciones_ENSI-7.pdf>.

INEGI. **Acerca del INEGI**. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: <<http://www.inegi.org.mx/inegi/acercade/default.aspx>>.

_____; PIA LARA, Mónica. La bancarrota moral. In: **Nexos**, n° 410, febrero, 2012.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003

KALA, Julio César. Perseverancia en los contenidos penales preventivos. In: PEÑALOZA, Pedro, (Coord). **Seguridad Pública: Voces diversas en un enfoque multidisciplinario**, México: Porrúa.

KALA, Julio César. Antinomia en torno a la Reforma del Estado. La iniciativa de reforma constitucional en el ámbito penal. In: GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, (coord.). **Consideraciones sobre la reforma del Estado Mexicano: La agenda urgente y algunos temas pendientes**, Universidad de Guanajuato, 2008.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Compendium of United Nations Standard and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice, 1998. Disponible en: <<http://www.un.org>>.

_____. Global Report on Crime and Justice, 1999. Disponible en: <<http://www.un.org>>.

PEÑA RAZO, Francisco Javier. **La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México**. México: Universidad de Guadalajara, 2011.

PEÑALOZA, Pedro, (Coord.). **Seguridad Pública: Voces diversas en un enfoque multidisciplinario**, México: Porrúa.

RENDÓN CORONA, Armando. Los retos de la Democracia participativa, México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad_Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades. **Revista Sociológica**. año 19, nº 54, 2004. Disponible en: <<http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/5408.pdf>>.

REYES HEROLES, Federico. Ante todo debéis respetaros a vosotros mismos. A. C., 2010, artículos 2010, México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad. Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/publicaciones/articulos/2010/ante_todo.asp>.

SÁNCHEZ-CABALLERO RIGALT. Carteles mexicanos ¿cuántos hay? ¿dónde están? In: **La crónica de hoy**; México, 2009. Disponible en: <http://www.cronica.com.mx/especial.php?id_tema=1254&id_notas=447994>.