

LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS: UN MARCO DE REFERENCIA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Samuel GONZÁLEZ-RUIZ
Gleb ZINGERMAN
Moisés MORENO HERNÁNDEZ

El presente artículo evalúa de manera breve la política del Estado mexicano en la lucha contra la delincuencia organizada en los últimos diez años, analiza los cambios en el marco internacional y toma en cuenta las resoluciones de los tribunales internacionales de derechos humanos para reflejar y proponer mecanismos que permitan actualizar y mejorar las instituciones de lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fue promulgada en noviembre de 1996 después de un proceso en el que participaron representantes de los principales partidos políticos.¹ La misma fue producto del estudio de amplias experiencias internacionales que implicaron el análisis y la práctica en la lucha contra la delincuencia organizada de Italia, Francia, España, Colombia y Estados Unidos, entre otros. También fue el producto de la aportación generosa de experiencias que personas tales co-

¹ Véase Moreno Hernández, Moisés, “Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Cepolcrim, Jus Poenale, 1999, pp. 383 y ss.; Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, Senado de la República-UNAM, 1996.

mo el juez Giovanni Falcone de Italia,² el magistrado Michel De bac de Francia y otras personalidades estadounidenses y colombianas hicieron a nuestro país. A pesar de que ha sido aplicada durante más de nueve años, no se puede afirmar que haya generado violaciones masivas a los derechos humanos —a pesar de los augurios que algunos hacían al respecto—, y las polémicas sobre la misma son contadas. Uno de los logros de la Ley es que ha permitido el descabezamiento de los grandes carteles de la droga y de innumerables grupos de secuestradores; sin embargo, no se puede decir que haya desarrollado totalmente su potencial ni logrado evitar los efectos de la violencia que generan las organizaciones criminales.

En efecto, antes de 1996 no existían muchos capos del narcotráfico a los que se les hubiera podido comprobar su participación en delitos contra la salud. La mayoría de ellos fueron acusados de tenencia y posesión de armas o de homicidios asociados a la violencia que la delincuencia organizada genera. Hoy la situación es distinta, ya que los líderes de estas organizaciones enfrentan procesos por su pertenencia a la organización delictiva.

Son cuatro las armas más poderosas que contiene la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: el delito de participación o membresía en delincuencia organizada, que hace más fácil la prueba en contra de los líderes de la organización, ya que vuelve delito el sólo organizarse para cometer delitos. Este tipo penal se encuentra establecido en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que afirma:

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

² Véase *La lucha contra el crimen organizado. La experiencia de Giovanni Falcone*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de la República, 1992.

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

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

Enumerando además otros delitos, en los que se incluye el tráfico de indocumentados y de órganos.

Los otros tres elementos se relacionan con los instrumentos o técnicas especiales de lucha contra las organizaciones delictivas, puesto que la delincuencia organizada está protegida por un doble halo o anillo de protección. El primero se manifiesta en la fuerza intimidatoria que implica la ley del silencio u *omertá* que al interior de la organización ejerce el propio grupo, además de su naturaleza criminal. El segundo se manifiesta en la fuerza intimidatoria que ejerce la organización hacia fuera y que tiene que ver con los fenómenos de violencia, corrupción, obstrucción a la justicia y lavado de dinero, que impiden que la organización pueda ser sometida a la justicia y desmantelada. Por lo anterior, la lucha contra la delincuencia organizada implica necesariamente la utilización de técnicas de inserción de elementos en la organización o de extracción de los elementos. Los más importantes contenidos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada son los testigos colaborantes, las intervenciones de comunicaciones privadas y los agentes bajo cobertura.

Los testigos colaborantes son personas que conocen la actividad de la organización porque han participado de manera directa en las actividades delictivas de la organización o que facilitaron de alguna manera sus actividades y que a cambio de su testimonio para desmantelar efectivamente la organización o para perseguir a sus miembros, o para poder capturar a algunos de sus fugitivos, obtiene un beneficio que consiste en la reducción de la pena que normalmente le correspondería. En el caso de la ley

mexicana, éstos se encuentran regulados en el artículo 35, que a la letra dice:

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

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

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

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

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta, además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

En México, esta figura ha causado innumerables controversias e incluso algunos juristas han subrayado que no existe en países como España.³ Otra de las técnicas incluidas en la ley se refiere a las intervenciones de comunicaciones privadas, que abarcan las telefónicas, correos electrónicos, faxes, o bien comunicaciones ambientales. Estos medios se encuentran regulados en el artículo 16, que señala:

Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o. anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración, y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

Por su parte, el artículo 11 permite que agentes de policía puedan ser infiltrados para desmantelar la organización, la cual es

³ Cfr. la opinión de Juventino Castro y Castro visible en: <http://www.jornada.unam.mx/2001/07/06/005n2pol.html> y <http://www.jornada.unam.mx/2005/07/09/017n1pol.php>.

una de las mejores prácticas internacionales. La ley textualmente afirma que:

En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.

Son tres los elementos necesarios para lograr resultados en la lucha contra la delincuencia organizada: *a)* se requieren leyes que posibiliten legítimamente esta lucha; *b)* instituciones debidamente capacitadas en todos los niveles de procuración y administración de justicia que comprendan a personal debidamente formado y capacitado en el nivel policial, de fiscalía, judicial y penitenciario, y *c)* estrategias de implementación de estas leyes. Los objetivos deben ser claros para todos los actores en el área de sus respectivas atribuciones; se trata de desmembrar las organizaciones y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan y decomisar los activos. Con estos parámetros es posible valorar que, sin duda, la lucha contra la delincuencia organizada en el país ha tenido logros importantes en los últimos nueve años. Sin embargo, han existido problemas en su aplicación para lograr los objetivos últimos. El punto tercero de este análisis tocará estos aspectos, pero desde ahora subrayamos que desafortunadamente la polémica, a nuestro entender falsa, entre la lucha contra la delincuencia organizada y las violaciones de los derechos humanos ha impedido enriquecer y mejorar la calidad de los controles sobre los encargados de aplicar la ley, tal y como lo señalan distintas resoluciones de las cortes internacionales de derechos humanos, particularmente la de Estrasburgo.

Cuando Giovanni Falcone, junto con los magistrados de diversos países del mundo, propuso la elaboración de nuevos instrumentos internacionales para facilitar la lucha contra la delincuencia organizada, no se imaginó que todo el proceso concluiría con la firma en Palermo, su ciudad natal, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En la conferencia de Nápoles de 1994, más de cien países del mundo aceptaron esta idea original del juez italiano. En 1998, en Polonia, la delegación mexicana⁴ —ante la Conferencia Ministerial para la preparación de la Convención— fijó una sólida postura enfocada en el avance hacia una legislación internacional fuerte en la materia, a tal grado que todas las recomendaciones de la posición mexicana quedaron incorporadas en la Convención de Palermo. Frente a antiguas posiciones diplomáticas mexicanas que trataban de ocultar la inacción contra la delincuencia organizada y el narcotráfico, fundadas en un falso concepto de soberanía, pero que en la práctica eran encubridoras y solapadoras de los procesos reales de infiltración y corrupción en el Estado de los agentes de la delincuencia organizada. Esto se puede ver si se comparan las posturas mexicanas en la discusión de la Convención de Viena de 1988⁵ en materia de tráfico de estupefacientes con las de la negociación de la Convención de Palermo; en esta última se entendió cabalmente que es imposible luchar contra las organizaciones criminales trasnacionales sin entender la dimensión internacional de este fenómeno y, en consecuencia, los procesos de la colaboración, que implican incluso la asistencia jurídica mutua y la extradición.

La Convención de Palermo, que fue firmada por 143⁶ países y que hasta la fecha ha sido ratificada por 114, otorga legitimidad

⁴ Entre otros, participaron Samuel González-Ruiz, José Patiño Moreno y el representante de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

⁵ Sobre este instrumento internacional véase Saavedra R., Edgar y Olmo, Rosa del, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá, Temis, 1991.

⁶ Durante la firma de la Convención en la ciudad de Palermo, más de ciento veinte países firmaron este tratado.

internacional a las estrategias, las instituciones y los acuerdos internacionales sobre la materia. La Convención de Palermo contiene diversos elementos muy importantes para luchar contra la delincuencia organizada, entre los que destacamos los siguientes:

- 1) La obligación de incluir cuatro tipos penales en la legislación nacional de los países miembros: el delito de participación o membresía en la delincuencia organizada (como es el caso del artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), el delito de corrupción, de blanqueo de productos del delito y obstrucción de la justicia (artículos 5o., 6o., 8o. y 23).
- 2) La obligación de colaborar internacionalmente en la persecución de los delitos de delincuencia organizada mediante la asistencia jurídica mutua, la extradición o las investigaciones conjuntas.
- 3) La sugerencia de incorporar en el derecho doméstico las técnicas especiales de investigación, entre las que se encuentran las entregas vigiladas, las operaciones encubiertas, las intervenciones de comunicaciones privadas y los testigos colaborantes, además de la protección de testigos.
- 4) El establecimiento de un régimen de investigación financiero, así como la responsabilidad de personas morales y la sugerencia del establecimiento de unidades de inteligencia financiera capaces de localizar, trasmítir y asegurar los bienes de procedencia ilícita, incluyendo la posibilidad de reversión de la carga de la prueba o la utilización del decomiso de activos ilícitos por vía civil.

Por otra parte, los protocolos de dicha Convención, que se refieren a la trata de personas, al tráfico de migrantes y a la fabricación de armas de fuego y explosivos, contienen también tipos penales especiales que deben ser actualizados en la legislación mexicana. La trata de personas, particularmente de mujeres y de

menores de edad con fines de explotación,⁷ es un grave fenómeno de moderna esclavitud que debe ser combatido en todos los frentes.

Es importante subrayar que estos elementos internacionales, legitimados por la comunidad internacional, tienen un valor jurídico igual que cualquier otro tratado internacional.⁸ En consecuencia, es necesario reflexionar acerca de su valor en el marco del derecho internacional público y particularmente de la articulación de estos tratados, como la Convención contra la Corrupción,⁹ la Convención contra el Financiamiento del Terrorismo en el marco de la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Todos estos instrumentos, así como los pactos internacionales de derechos humanos, incluidas la Convención Europea y la Convención Americana, deben ser interpretados armónicamente tratando de hacerlos compatibles entre sí.

Salvatore la Barbera, subdirector para Delincuencia Organizada de Interpol, ha subrayado que, frente a la hipótesis que señala que la lucha contra la delincuencia organizada y sus leyes y estrategias representan necesariamente una violación a los derechos humanos, cabe la hipótesis de la compatibilidad entre am-

⁷ El artículo 3o., inciso *a*, del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, señala que por explotación se entenderá como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

⁸ Hay que mencionar que conforme al artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, ésta tiene supremacía en el derecho público internacional, es decir, que en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por ésta.

⁹ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada en la Conferencia que tuvo lugar en la ciudad de Mérida, Yucatán, del 9 al 11 de diciembre de 2003.

bas.¹⁰ Mientras que el juez Ottavio Sferlazza, en su obra *El proceso acusatorio oral y la delincuencia organizada*,¹¹ ha subrayado que la Corte Europea de Derechos Humanos ha aceptado a las instituciones de lucha contra la delincuencia organizada como conformes con los principios básicos que se encuentran en la Convención Europea de Derechos Humanos, también conocida como la Convención de Roma. Recientemente, el fiscal general de Chiapas, Mariano Herran Salvati, en su discurso en la Conferencia Internacional sobre el Terrorismo, auspiciada por la Organización de Estados Americanos, la Oficina de Naciones contra la Droga y el Delito y el gobierno de Argentina, ha subrayado estos principios como necesarios en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada,¹² si bien —como se ha dicho— existen opiniones en el sentido de que también en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada debe haber una mayor observancia de los principios fundamentales —como los del debido proceso— que garantizan los derechos humanos.¹³

Es importante demostrar cuáles son las posiciones que la Corte Europea sostiene. Si comparamos el proceso de desarrollo de la Corte Interamericana, cuya sede central se encuentra en San

¹⁰ Cfr. Salvatore la Barbera, presentación del libro *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, coordinado por Edgardo Buscaglia y Samuel González-Ruiz, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

¹¹ Publicado por Fontamara, en coedición con el Cepolcrim y Aquesta Terra, México, 2005.

¹² Este discurso será publicado en una obra titulada *Herramientas, técnicas y análisis en el combate a la delincuencia organizada: su fundamentación en la Convención de Palermo*.

¹³ Véase sobre esto, por ejemplo, García Ramírez, Sergio, “Normas penales en la guerra contra el terrorismo”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 1, enero-abril, pp. 3 y ss.; Moreno Hernández, Moisés, “La internacionalización de la política criminal y de la reforma penal”, ponencia presentada en la Jornada Internacional “Estado de Derecho y Orden Jurídico Penal” (Asunción, Paraguay, 18-22 de agosto de 2005); del mismo, “Comentarios sobre la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, ponencia presentada en las VI Jornadas sobre Justicia Penal organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 26 al 30 de septiembre de 2005.

José, Costa Rica, y analizamos 134 sentencias y 18 opiniones consultivas, constataremos que, producto de la realidad histórica de los países americanos, la mayoría de las sentencias se refieren a la violación de derechos humanos debido a la desaparición forzada de personas, producto de las dictaduras militares y la guerra sucia, además de casos graves de violación del procedimiento por parte de las autoridades en este proceso o de terrorismo. En este sentido, el trabajo de la Corte Interamericana ha tenido influencia en la Corte Europea, como se puede constatar en los casos Mamatkulov y Askarov *vs.* Turquía, y Anguelova *vs.* Bulgaria, entre otros.

Debemos recordar que la jurisdicción ante la Corte Interamericana es muy restrictiva porque, conforme al artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como requisito de procedibilidad se exige el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington, D. C., o bien la iniciación del proceso a instancia de un Estado o como opinión consultiva a solicitud de un Estado. Por el contrario, en la Corte Europea, a partir de la aprobación del Protocolo 11 de 1998, se permitió la presentación directa de la queja ante esta institución. Esto ha traído como consecuencia que existan muchos casos de análisis de la legislación nacional, incluyendo la materia de lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo. La Corte ha construido una doctrina que Fraser y Simpson describen de la siguiente manera: es importante subrayar, como se mencionó antes, que en el Reino Unido se estableció por primera vez una ley de derechos humanos en 1998. Como se sabe, ahí no existe una Constitución escrita y por lo tanto no existía una declaración de derechos.¹⁴ La idea básica de la ley de derechos humanos es la de desarrollar reglas que permitan que la Convención Europea de los Derechos Humanos pueda tener aplicación específica, y regular el rol que la Corte Europea de Dere-

¹⁴ Cfr. "Herramientas, técnicas y análisis en el combate a la delincuencia organizada" (borrador).

chos Humanos tiene en el derecho inglés. Uno de los principios centrales es el que prohíbe a las autoridades públicas actuar en algún sentido si el acto es incompatible con la Convención. La Convención tiene algunas características que la distinguen de la ley de derechos humanos, entre las cuales están el equilibrio de la competencia entre los derechos y necesidades, la regla de los tres tests o exámenes de limitaciones y restricciones, derogaciones y reservas. La Convención es un instrumento vivo y contiene un margen de apreciación para ser ejercido por los poderes locales, según la Corte. En relación con el triple test de aplicación, limitación y restricción, hay que señalar que ellos pueden ser interpretados como criterios de actuación. Los tres exámenes son: cualquier limitación o restricción de los derechos o libertades tiene que estar prescrita en la ley, es decir, que el ciudadano interesado tiene el derecho de saber de conformidad con qué ley fue realizada la acción de policía. Además, el objetivo de la aplicación de limitaciones o restricciones tiene que ser legítimo, por ejemplo la prevención del delito, la protección del orden público, etcétera. El último test que tiene que “pasar” el oficial de policía, antes de aplicar estas medidas, es medir y evaluar la proporcionalidad y necesidad de su aplicación.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido una doctrina parecida en relación con los derechos humanos. Ésta ha afirmado que

la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante, tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.

¹⁵ Cfr. González-Ruiz, Samuel *et al.*, *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*, México, Fontamara, 2005.

Por lo tanto, para la limitación de las garantías que consagra la Convención Interamericana de Derechos Humanos es necesario que sea dada por ley formal y materialmente generada por el Parlamento y siguiendo el procedimiento establecido al efecto.¹⁶ Además, debe tener un elemento de materialidad para la limitación¹⁷ e incluso acepta el concepto de necesidad democrática y de bien común.¹⁸ Así, en una resolución sobre el derecho de expresión afirma que

¹⁶ La Corte afirma que “al leer el artículo 30, en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a «razones de interés general» y no se aparten del «propósito para el cual han sido establecidas». Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder, y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

¹⁷ En la misma opinión afirma que: “28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten «por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas». El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas «con el propósito para el cual han sido establecidas» se encontraba ya reconocido en el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones «no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas» (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos. 1968*, Washington, D. C., Secretaría General, OEA, 1973, p. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté «conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general» es el resultado de una enmienda”.

¹⁸ Y continúa: “29. El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del «bien común» (artículo 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es «la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de

El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión, fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limite más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.¹⁹

Son importantes dentro de la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos algunas sentencias que permiten determinar, conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos, las instituciones básicas contenidas en las legislaciones nacionales de lucha contra la delincuencia organizada y, en términos generales, las contenidas en la Convención de Palermo; entre otras instituciones, se declaran conformes: el tipo penal de la participación en la delincuencia organizada, los testigos colaborantes, las operaciones encubiertas, las entregas controladas, las intercepciones de comunicaciones privadas y el sistema penitenciario rígido italiano, con objeto de evitar que los delincuentes ligados a la mafia continúen realizando sus actividades delictivas desde

circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad» («Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre»).

¹⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, visible en: http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_111_esp.pdf.

la prisión. Sin embargo, la Corte, cuando aplica el triple test, regula específicamente no sólo el que la medida esté contenida en una ley formal y material, con claridad en la redacción y con elementos de objetividad de acuerdo con las necesidades sociales, sino también con elementos de proporcionalidad y pasando el test de necesidad y justificación de la medida en una sociedad democrática.

Así, por ejemplo, en el caso *Contrada vs. Italia*, la Corte reconoce la validez de los testigos protegidos cuando en sus declaraciones se procede a verificar la coherencia lógica interna y contrastarla con la coherencia externa del testigo colaborante. En esta misma sentencia se reconoce que la mafia, como grupo de delincuencia organizada, atenta contra los valores de una sociedad democrática. De esta forma, en la sentencia el juzgado señaló que durante el extenso y complejo procedimiento, donde las partes presentaron sus argumentos, se estableció la responsabilidad y la culpabilidad del acusado. Esta conclusión se basa en las declaraciones de distintas personas que habían colaborado con las autoridades y que fueron consideradas como consistentes y confiables, sea individualmente o en su conjunto, mismas que se corroboraron con otros elementos de prueba que les otorgaron valor probatorio. La mafia, desde el punto de vista de su estructura rígida y jerárquica, sus reglas estrictas, su poder de intimidación basada en la ley de *omertá* (ley del silencio) y la dificultad en la identificación de sus miembros, representa una fuerza con capacidades de afectar, directa o indirectamente, la vida pública mediante su infiltración en las instituciones gubernamentales. Por tal razón, es necesario utilizar la información procedente de sus ex miembros que permite desbaratar la organización.

Por todo anterior, es necesario mejorar la calidad de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y su respectiva aplicación por los policías, fiscales, peritos y jueces, para garantizar de una mejor manera los derechos de las personas, así como para ampliar los poderes y facultades de los encargados de aplicar la ley en el marco de la Convención de Palermo y las recomenda-

ciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Particularmente se debe mejorar lo siguiente:

- 1) Introducir de manera expresa el principio de subsidiariedad de la ley, es decir, que cuando se pueden utilizar otros medios de investigación —como los señalados en el Código Federal de Procedimientos Penales— no deben utilizarse los especiales de la ley.
- 2) Introducir el principio de control de ciertas decisiones, como la consignación y el arraigo, para órganos de valoración colegiada dentro de la fiscalía.
- 3) El principio de que el juez penal deba valorar obligatoriamente cada cuatro meses la prisión preventiva de las personas procesadas por delincuencia organizada, y cambiar su denominación en caso de que el material probatorio que hubiera sido aportado por el Ministerio Público o el destruido por la defensa se haya desvanecido.
- 4) El principio de que en cada aplicación de medidas cautelares y de restricción de libertad se deba valorar su justificación en los términos de la necesidad de protección de una sociedad democrática.
- 5) Mejorar la valoración de la prueba en los casos de testigos protegidos, introduciendo los criterios de coherencia interna y externa.²⁰
- 6) Mejorar los procedimientos de valoración de la prueba en casos de intervención de comunicaciones privadas.²¹

Pero, en cambio, deberá analizarse la posibilidad de ampliar los poderes del Estado, siguiendo la experiencia italiana, para regular, por ejemplo:

²⁰ Véanse los casos *Contrada vs. Italia*, *Perna vs. Italia*, *Vacarro vs. Italia*, *Graciano vs. Italia* y *Pantano vs. Italia* ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

²¹ Véanse los casos *Koop vs. Suiza*, *Prada vs. España* y *Labita vs. Italia* ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

- a) Un régimen penitenciario rígido para impedir que desde la cárcel se continúen realizando actividades delictivas, inclusive la obstrucción de la justicia.²²
- b) La ampliación de la autorización en la ejecución de las entregas vigiladas.
- c) Un nuevo régimen más flexible de los agentes encubiertos.²³
- d) Una estrategia de vinculación de la unidad de inteligencia financiera con la policía y la fiscalía.
- e) Un régimen de decomiso civil de los bienes de procedencia ilícita que se fundamente en el principio de derecho civil acerca del enriquecimiento ilegítimo y de su obligación de indemnización, así como la obligación de reparación del daño causado por actuar ilícitamente, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.
- f) Una unidad de inteligencia totalmente capacitada para impedir el lavado de activos, entre otros.

Debemos subrayar que ninguna de estas medidas tendrá consecuencias operativas si no existe el convencimiento del trabajo coordinado y conjunto de las unidades de policía, de investigación, de inteligencia financiera y del Ministerio Público. Por ello, habrá igualmente que ponderar todos los inconvenientes que puede traer como consecuencia la idea que se sostiene en la iniciativa del presidente Fox²⁴ de unificar policías con funciones diferentes, ya que la creación de un monstruo no es lo que inhibirá a la delincuencia organizada, sino una actuación más organizada e inteligente, en donde prevalezca la coordinación de las diferen-

²² Véanse los casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos: Ganci vs. Italia, Messina vs. Italia, Rohde vs. Dinamarca, Ospina Vargas vs. Italia y Nataoli vs. Italia.

²³ Véanse los casos Allan vs. Reino Unido, Edwards y Lewis vs. Reino Unido ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

²⁴ Enviada al Congreso de la Unión el 29 de marzo de 2004.

tes corporaciones policiacas. Pero, además, es imperativo que, al lado de las medidas represivas de carácter penal, se instrumente un intenso programa de prevención general de la delincuencia organizada, que es igualmente exigencia ineludible frente a la delincuencia convencional o común.