

# La racionalidad como condición justificante de una normatividad de excepción

(Especial referencia a la incorporación y valoración de los “colaboradores” o “testigos protegidos”)\*

José Nieves Luna Castro\*\*

SUMARIO: I. Contextualización. II. ¿Cómo afrontar normativamente el problema de la criminalidad organizada manteniendo el estado de Derecho? III. En busca de una mejor regulación de los procedimientos penales de excepción en México. IV. Normatividad actual y perspectivas. V. Propuesta para regular la incorporación y validez de las declaraciones de “colaboradores” o “testigos protegidos”. VI. Conclusión.

## I. Contextualización

A partir de la reforma constitucional de junio de 2008,<sup>1</sup> se ha venido replanteando lo relativo a la temática de “Combate al Crimen Organizado”, y en general lo concerniente a la incorporación al texto constitucional, del reconocimiento de una normatividad de excepción tratándose de esa clase de delitos.

\* En este trabajo se recogen algunos aspectos del contenido expuesto en el artículo “Hacia una perspectiva interdisciplinaria como presupuesto de una normatividad racional en materia de crimen organizado, seguridad pública y justicia penal integral”, publicado en la *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 26, julio de 2008. Así como de la ponencia presentada en el Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación, sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal, celebrado en Santa Fe, México, D.F., los días 24 y 25 de octubre de 2008.

\*\* Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

<sup>1</sup> Según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008.

Ahora nos referiremos a los aspectos centrales de este breve trabajo, referente a la búsqueda de una mejor manera de regular la incorporación de las declaraciones de los llamados “testigos protegidos”, esto dentro de un contexto en el que se tiene que admitir la normatividad de excepción como una realidad inevitable y no como simple opinión doctrinaria u opcional. Para acotar nuestro tema, tomaremos como directriz la consideración crítica y reiterada de la forma en que tradicionalmente, en algunas sociedades, la política criminológica de Estado suele pretender solucionar los problemas de criminalidad (como narcotráfico y delincuencia organizada), seguridad pública o justicia penal, entre otros, mediante enfoques dispersos de lo que en realidad deriva de problemáticas vinculantes;<sup>2</sup> situación que, según se ha reiterado, se traduce en la toma de posturas oficiales que generalmente se ubican en concepciones aisladas y diametralmente opuestas en lugar de basarse en estudios de observación, análisis, experimentación y aplicación, que corresponderían a una verdadera política criminal aplicada y permitan ponderar las diversas posiciones técnicas de enfoque y propuestas emanadas de las múltiples disciplinas que pueden estudiar los fenómenos y cuestiones involucrados a fin de alcanzar la selección de medidas prácticas, razonables y mayormente eficaces en vez de otras que muchas veces resultan aparentes paliativos de efectos analgésicos sólo inmediatos, por ser derivados de la improvisación las políticas demagógicas.

Nuestra propuesta se ubica en el contexto de una posición analítica de los sistemas de justicia penal y seguridad pública que pretenden enfrentar la criminalidad emergente y grave sin tomar en cuenta las características y repercusiones de un mundo globalizado, ineludible, es decir, las peculiaridades de las sociedades de hoy, que si bien requieren de la efectiva actuación del Estado frente a la llamada criminalidad organizada, por ejemplo, igualmente cierto resulta que, ello, en su caso, debe procurarse dentro de un marco de legalidad caracterizado por la exigencia de suficientes niveles de garantismo.

<sup>2</sup> En el Congreso Internacional de Seguridad Pública, celebrado en abril de 2007, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, hablamos del “enfoque disperso de un problema vinculante”, como expresión que intenta condensar la crítica a las políticas de gobiernos que pretenden abordar esa clase de cuestiones de manera aislada o desvinculada y asumiendo criterios o parámetros de estudio que comprenden de manera exclusiva y excluyente sólo a algunos de los puntos de vista potencialmente disponibles.

Nuestra exposición se vincula con la idea de seguir avanzando en el mejoramiento o complementación de la reciente reforma constitucional en materia de delincuencia organizada (2008), mediante el desarrollo de una normativa secundaria que aunque específica o excepcional (en contraste sólo parcial y estrictamente justificado con el garantismo del procedimiento ordinario, salvaguardando el debido proceso en un mínimo racionalmente aceptable),<sup>3</sup> cumpla no obstante con exigencias concretas para poder asegurar el garantismo básico e imprescindible a fin de poder contextualizar a la normatividad de que se trate (llámese especial o de excepción), en un ámbito sistemático propio de un auténtico Estado de Derecho donde se respeten los derechos fundamentales, bajo una perspectiva de racionalidad.

## II. ¿Cómo afrontar normativamente el problema de la criminalidad organizada manteniendo el Estado de Derecho?

Se ha sostenido que cuando legislativamente se pretende atender el problema de la criminalidad, suelen concurrir opiniones o criterios de múltiples orientaciones; así por ejemplo, se cuenta con estudios de naturaleza primordialmente sociológica, económica o política que, con todo y lo interesante que resultan, muchas de las veces pierden de vista la importancia de los aspectos de carácter estrictamente jurídico e ineludiblemente vinculados con toda problemática relacionada con la impartición de justicia penal y los ordenamientos que en esa materia pretendan regular también cuestiones de criminalidad organizada dentro de un Estado de Derecho y en un contexto de respeto a los derechos humanos.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Para algunos autores, es preferible hablar de procedimiento de cautela especial o distinta, en vez de “excepcional”. Cfr. Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, México: Ed. Fontamara, 2005, pp. 138 y ss.

<sup>4</sup> Un análisis sumamente interesante de las teorías sistémicas, conforme a una visión que parte de la sociología jurídica y la teoría del Derecho, sin embargo, se contiene en la obra de Günther Teubner (profesor de Derecho privado y Sociología del Derecho en la Universidad de Frankfurt), que precisamente parte del examen conjunto de la teoría de los sistemas y el propio sistema jurídico. Cfr. *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Perú: Ara Editores, trad. Manuel Cancio Meliá-Carlos Gómez-Jara Diez, 2005.

Otro criterio o punto de vista es el que proviene de las tendencias criminológicas contemporáneas peculiares por su carácter crítico y bajo cuya perspectiva las llamadas sociedades riesgosas se identifican con los marcados índices de victimización creciente; de ahí que se llegue a considerar a la protección y reparación de las víctimas (entendidas desde una perspectiva muy amplia), como la justificación y utilidad del Derecho penal, de modo que tratándose de la normatividad relativa a la delincuencia organizada podría igualmente, desde perspectivas extremas, llegarse a considerar justificable la reducción de los derechos y “garantías” de los procesados o sospechosos ante la prioridad de salvaguardar los derechos de “testigos” o “víctimas” en particular o de la sociedad en general.<sup>5</sup>

Además de los citados criterios de análisis, se pueden agregar también otros estudios que parten de perspectivas esencialmente filosóficas y que ponen en duda la justificación misma de los sistemas punitivos,<sup>6</sup> sus límites

<sup>5</sup> Al respecto es importante sin duda la referencia a esa tendencia advertida desde el III Simposio Internacional sobre Victimología (Münster-Westfalia, 2-8 septiembre 1979), según informe de Antonio Beristain, uno de los destacados asistentes y representantes de España, quien describe cómo algunas “eminentes personalidades” deseaban ya la fundación de una Sociedad Internacional de Victimología, en tanto que otros manifestaban su preferencia por que se siguiera trabajando dentro de la Sociedad Internacional de Criminología, con cierta autonomía pero sin independencia. Cfr. Beristain, Antonio, *Victimología nueve palabras clave*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 29.

<sup>6</sup> En este sentido se habla de *teorías deslegitimadoras* identificadas con el llamado movimiento *abolicionista*, Vid., al respecto, Elena Larrauri, “Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, núm. 3, 1987, pp. 95 y ss., citado por Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, México: Porrúa, 2001, p. 243, núm. 510. También existen posiciones *anarquistas* puras o extremas que llegan incluso a pretender negar la justificación misma del concepto de Estado, al igual que posturas “limitadoras”, así desde la perspectiva de un sector de la “Criminología Crítica” se defiende la llamada “Teoría limitadora de la potestad punitiva del Estado” señalándose como uno de sus defensores al conocido maestro Raúl Zaffaroni, quien en los últimos años ha optado por afirmar que los jueces sólo deben ejercer una función de contención o limitación de esa potestad punitiva estatal. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar, 1989; también, del mismo autor, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 4 y ss. Un sintetizado pero interesante estudio sobre estas corrientes puede verse igualmente en Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 244 y ss. Además, otro importante estudio sobre la “crisis de las grandes narrativas criminológicas” en el que se habla de “la ilusión represiva”, “la fe reduccionista” y de la “Utopía abolicionista” es el de Massimo Pavarini intitulado “Seguridad

y la finalidad posible de la existencia de las penas y las medidas de seguridad en cuanto a criterios del ser y el deber ser, así como la incorrección o defecto de muchas de las expresiones y planteamientos utilizados en el ámbito del derecho y la argumentación,<sup>7</sup> entre otros cuestionamientos fundamentales, que giran en torno a la idea de concebir al derecho como mero instrumento de control social y ejercicio de poder.

Adicionalmente, como es obvio, se debe atender a la perspectiva peculiar de los sistemas de justicia penal en cada uno de los países del mundo y que atiende, según el caso, a las tradicionales concepciones jurídicas y las evoluciones normativas y funcionalistas del propio Derecho penal de que se trate,<sup>8</sup> que podrá ubicarse conforme a la naturaleza y esencia de los diversos sistemas procesales (inquisitivo, mixto, acusatorio) y sus tendencias hacia la oralidad<sup>9</sup> o escritura, y también respecto de los efectos transnacionales de la criminalidad contemporánea (como el narcotráfico y otras variantes de delincuencia organizada) y los mecanismos de colaboración internacional.<sup>10</sup>

---

frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad”, trad. de Fernando Tenorio Tagle, en “Seguridad Pública tres puntos de vista convergentes”, colección *Alter libros*, núm. 2, México: ediciones Coyoacán-CONACYT-FLASUD, 2006, pp.14-18.

<sup>7</sup> Atienza, Manuel, *La guerra de las falacias*, México: Cajica, 2004.

<sup>8</sup> Por cuanto hace a la evolución de las ideas legitimadoras del Derecho penal y su aplicación, resulta interesante el trabajo que implica una notoria labor de sistematización y síntesis por parte del maestro Miguel Polaino Navarrete, denominado “Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 169-184.

<sup>9</sup> Con relación a la problemática actual del “combate” a la criminalidad organizada en un contexto congruente con el proceso acusatorio oral, Cfr. Sferlazza, Octavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, México: Fontamara-Aquesta Terra Comunicación, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2005.

<sup>10</sup> En cuanto a las implicaciones de carácter internacional de la delincuencia contemporánea, Cfr. Mendoza Bremauntz, Emma, *Delincuencia global*, Argentina: Lerner, 2005. También Vid. *Criminalidad organizada y delincuencia económica, estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés*, Hoover Wadith Ruiz Rengifo, coordinador, Medellín, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. Sobre la misma temática nos parece de sumo interés la obra colectiva coordinada por Nieves Sanz Mulas, *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: COMARES Editorial, 2006. Así, también Cfr. Edgardo Buscaglia- Samuel González Ruiz, *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México: ITAM-INACIPE, 2005. García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 1ª edic., México: UNAM-Porrúa, 1997.

Son, pues, muchos los enfoques que pueden utilizarse como punto de partida o contexto delimitador del análisis que se haga en relación con los problemas de la criminalidad contemporánea, pero según hemos reiterado, la búsqueda de soluciones, en lo que atañe a la creación normativa, por ejemplo, no puede ser aislada ni basada en perspectivas sectoriales y tendencias influenciadas por criterios políticos negados a reconocer la complejidad de la problemática y la multifactoriedad de la que proviene.

Se debe reconocer que el tema del crimen organizado resulta complejo, en especial por la aparente contradicción de buscar o aceptar por un lado una normatividad especial que procure la efectiva lucha contra la criminalidad mafiosa u organizada en defensa de la sociedad (normatividad de excepción) y, al mismo tiempo, respetar los derechos fundamentales del debido proceso, respecto de todos los implicados, no sólo de los inculcados sino también respecto de víctimas, testificantes, “colaboradores” y juzgadores.

Por tanto, a partir de la reforma constitucional de 2008, se hace necesario pugnar por una normativa objetiva que atienda racionalmente ambas posiciones, de modo que se necesitan estructuras argumentativas viables para lograr que la sociedad mexicana, a través de sus organismos legislativos de representación y creación normativa correspondientes, den inicio a la búsqueda mesurada de mecanismos para la incorporación de planteamientos concretos, con miras a establecer criterios normativos o disposiciones legales que, no sólo desde la perspectiva de la justicia penal, sino en el contexto social integral al que estén dirigidas, propicien un nuevo entorno de organización y control social, a través de un derecho penal que en realidad resulte útil y racionalmente eficaz para la solución a los problemas que enfrentan las sociedades actuales en materia de criminalidad organizada, pero, se insiste, sin arribar al extremo de la inconstitucionalidad y autoritarismo.

Por esa razón nos hemos decantado a favor de criterios o posturas de respeto a un garantismo constitucional y razonablemente depurado, de obligada observancia por el Estado al representar un límite racionalmente indiscutible a su ejercicio, que se constituye por la imposibilidad de traspasar el *coto vedado* denominado por Ernesto Garzón Valdés, como mínimo caracterizador de la

---

Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal y Globalización*, México: Porrúa, 2001. Ambos, Kai, *Estudios de Derecho penal internacional*, Bogotá: Leyer, 2005.

dignidad humana en un auténtico Estado democrático, donde la razón pueda constituir un parámetro para determinar la moralidad mínima del derecho o al menos la relación fundamental entre ambos planos.<sup>11</sup>

Creemos que hablar de un sistema integral y eficaz de justicia penal nacional presupone la coherencia y concurrencia del análisis paralelo de los diversos efectos de los problemas vinculados, existentes en diferentes planos de la función pública y en general de la actividad del Estado y la sociedad. De lo contrario, la pretendida adopción de soluciones materiales en uno solo de esos planos de posible implicación, se puede traducir en medidas ineficaces y parciales o incompletas, muchas veces transgresoras de los derechos fundamentales de las personas y de efectos insatisfactorios para la sociedad a la que supuestamente deberían beneficiar.

Por eso hemos reiterado igualmente nuestra crítica en el sentido de que la idea de combatir la criminalidad (y particularmente la de carácter organizado y con alcances trasnacionales, por ejemplo), con la sola elevación de los marcos punitivos de aplicación potencial, es un quehacer “ingenuo e ineficaz”, en tanto no se implique la implementación de mecanismos y sistemas integrales de inteligencia policíaca; la creación de un sistema normativo penal integral (preferentemente unificado a nivel nacional, por lo menos en las cuestiones fundamentales del debido proceso y la regulación específica de posibles casos de excepción justificable dentro del marco de la constitucionalidad); de tecnificación en la procuración e impartición de justicia; así como de políticas efectivas de prevención del delito, todo ello, es de insistirse, en un marco integral de respeto racional a los derechos fundamentales.

Una polémica tradicional en cuanto al posible modelo político estatal se centra entre las dos posturas extremas, a saber: a) *de intervencionismo paternalista* (hasta el llamado Estado de policía) con rasgos de autoritarismo y desdén por los derechos del hombre, y b) *de autorresponsabilidad* en el que el individuo pueda valerse libremente en un ámbito de respeto a los derechos esenciales.

Cada uno de esos modelos se corresponde esencialmente con un sistema de justicia penal posible, el intervencionista conllevaría a un sistema

<sup>11</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y Moral”, en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vázquez compilador, Barcelona: Gedisa, 2003.

punitivo *maximalista* o de derecho penal máximo, en tanto que un modelo de autorresponsabilidad (liberal) implicaría una correspondencia con un sistema penal mínimo o *minimalista*.

Como lo destaca el maestro Miguel Polaino Navarrete, entre los extremos de idealismo liberal y autoritarismo suelen moverse las configuraciones político-estatales y, consecuentemente, los sistemas de justicia penal representarán un termómetro para esa medición; por ende, se puede hablar de un modelo garantista como ideal y correspondiente al Estado democrático de Derecho.<sup>12</sup>

Sin embargo, no obstante esa idealización del derecho penal, la verdad es que la realidad de los países del mundo muestra tendencias contrarias a esa idealización (para algunos considerada como “acto de fe”)<sup>13</sup> o perspectivas ideales del derecho penal *minimalista* que, como refiere el citado autor Polaino Navarrete, es susceptible de alcanzarse en mayor o menor medida en cada época y sociedad particular, conforme a las específicas circunstancias de su aplicación potencial.

Las sociedades contemporáneas, consideradas de incremento de riesgos, son espacios en los que proliferan los factores que producen la condición llamada “expansión del derecho penal”<sup>14</sup> que caracteriza a los sistemas punitivos de las sociedades modernas mediante la neocriminalización y el surgimiento de posturas tan específicas como la llamada “teoría del derecho penal de enemigo”.<sup>15</sup>

Nuestra postura ha sido la de sostener que las posibles soluciones o propuestas de atención a los problemas de criminalidad organizada y justicia penal deben concebirse de manera integral y atendiendo a la búsqueda de

<sup>12</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Op. cit.*, pp. 174 y 178.

<sup>13</sup> *Cfr.* Pavarini Maassimo, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>14</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Buenos Aires: B de F, 2006.

<sup>15</sup> Jakobs, Günther- Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2003. También, Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *El Derecho penal ante las sociedades modernas*, México: Flores editor y distribuidor, 2006. Un completo análisis que viene a esclarecer (desmitificar) muchos errores o apreciaciones sobre esta postura, se contiene en la obra de Miguel Polaino-Orts. *Vid. Derecho penal del enemigo, Desmitificación de un concepto*, Lima: Grijley, 2006.



una adecuada ubicación entre esas tendencias o extremos, es decir, partiendo de lo innegable de la obligación y justificación del Estado para otorgar un entorno social de seguridad pública y justicia penal, como presupuestos del posible ejercicio de los derechos fundamentales de todos, esto es, entendiendo a la vez a la seguridad pública y al acceso a la justicia restauradora como un derecho esencial de la sociedad misma, pero reconociendo como límite de ese ejercicio, el respeto irrestricto al Estado de Derecho constitucional y democrático al que dicha sociedad aspire.

En efecto, creemos necesario puntualizar nuevamente que la creación legislativa tendente a combatir la criminalidad organizada (como el narcotráfico, por ejemplo) debe igualmente partir de un análisis integral del marco normativo del Estado Nación, modificando y actualizando por un lado, las disposiciones que resulten contradictorias, incompletas u omisas, respecto de los lineamientos asumidos como compromisos en el marco de los tratados internacionales, ya sea en cuanto al respeto de los derechos humanos, como a la colaboración internacional en materia de criminalidad organizada, delimitando el margen de normatividad de excepción mediante un soporte constitucional y un desarrollo sustantivo y procesal debidamente acotado y justificado conforme criterios de racionalidad y respeto conducente al Estado de Derecho.

En otras palabras, debe delinearse un sistema penal congruente y armónico, que resulte además eficiente para hacer frente a los nuevos problemas de criminalidad, pero sin caer en excesos y desconocimiento al orden constitucional en la medida en que se cuente con codificaciones coherentes y sistemáticamente funcionales.

Las sociedades evolucionan y se transforman. La existencia de períodos de adaptación no debe extrañar. El derecho penal debe evolucionar junto con las sociedades en las que opera como sistema funcional de garantía de identidad y de protección de los bienes jurídicos indispensables para la propia subsistencia, reinventándose en la medida de lo racionalmente necesario (autopoiésis).<sup>16</sup>

<sup>16</sup> En relación con la idea de sistema autopoiético asignada al derecho entendido como “red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas”. *Cfr.* Teubner, Günther, *Op. cit.*

En el caso de México, se hace necesaria la conformación de un auténtico sistema integral de normatividad punitiva y procesal penal, a nivel nacional, fortaleciendo los principios de independencia y especialización judicial con todas las circunstancias que ello implica. Debe favorecerse la creación de mejores leyes penales para lograr una estructura eficaz de procuración e impartición de justicia en todos los ámbitos, incluyendo tanto la llamada criminalidad ordinaria, como aquella de carácter excepcional o radical.

### III. En busca de una mejor regulación de los procedimientos penales de excepción en México

Hemos establecido nuestro punto de vista en el sentido de creer posible el que en un Estado de Derecho se regule, en casos justificados, la delimitación de toda norma que se caracterice por implicar un régimen de excepción a la concepción general de los denominados derechos fundamentales y particularmente en cuanto a las reglas del debido proceso.

También debemos reconocer que aún antes de la reforma constitucional de 2008, han existido en México disposiciones penales y procedimentales de excepción como la denominada: *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*,<sup>17</sup> que recoge en general el contenido de las convenciones internacionales en materia del llamado *crimen organizado*, destacando especialmente, por la intervención de la ONU en apoyo de su verificación, las realizadas en Nápoles (1994) y Palermo (2000), de cuyo análisis puede advertirse, sin duda, la tendencia a internacionalizar la “lucha” o “combate” contra la delincuencia transnacional, mediante la tipificación delictiva del “crimen organizado”<sup>18</sup> y el

<sup>17</sup> Respecto al indiscutible carácter de normatividad de excepción, nos parece importante destacar la opinión del maestro Sergio García Ramírez, quien desde el inicio de la vigencia de la ley, publicó un interesante trabajo en el que expone sus razones y críticas sobre la posible inconstitucionalidad de dicha ley, la cual por otra parte, no ha sido declarada como tal por la SCJN, no obstante haberla analizado respecto de diversas perspectivas y en relación con varias de sus disposiciones. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Op. cit.*, pp. 78 y ss.

<sup>18</sup> Lo que en opinión del maestro Zaffaroni no resulta posible desde el punto de vista criminológico. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Crimen organizado. Una categorización frustrada*, Bogotá: Leyer, 1996, p. 52.

establecimiento de compromisos de recepción y aplicación por parte de los países suscriptores, de prácticas policiales y persecutoras, así como de ejercicio y cooperación judicial,<sup>19</sup> normalmente consideradas al menos discutibles en cuanto a la constitucionalidad de garantismo tradicional, como la intervención de comunicaciones, la admisión de testigos protegidos (“*delatores*” en opinión de algunos),<sup>20</sup> decomisos especiales, en casos de delitos graves, sistemas de recompensas, etc. A lo cual deben agregarse las ya añejas polémicas respecto de la tipificación de los delitos de peligro abstracto; los delitos de consumación anticipada; la punición de tentativas inidóneas, etc.<sup>21</sup>

Las características básicas de esa normatividad de excepción, son: 1) en la llamada “anticipación de la barrera de la punibilidad”;<sup>22</sup> 2) agravación de las sanciones para las hipótesis típicas específicas; y 3) implementación de disposiciones de procedimiento excepcional en relación con los alcances de la observancia de algunos principios tradicionales del debido proceso.

Resulta indiscutible reconocer la existencia de esa clase de normatividad de excepción presente en mayor o menor medida en diferentes épocas, lugares y sistemas normativos. Ahora bien, un pretendido Estado constitucional es el único contexto en el que tiene sentido hablar de esta posible diferenciación legalizada de manera racional de la que hablamos, pues en los sistemas totalitarios o de abierto autoritarismo, ello no es siquiera concebible por razones obvias.

En México, al igual que en muchos otros países del mundo, ha existido alguna clase de legislación susceptible de catalogarse materialmente como de excepción y a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, esa

<sup>19</sup> Para un más detallado estudio sobre los compromisos asumidos por los países suscriptores de dichas convenciones, *Cfr.* “El Desafío de la Criminalidad Organizada”, Sanz Mulas, Nieves, coordinadora, *Op. cit.*, pp. 44 y 45.

<sup>20</sup> *Cfr.* Zaffaroni, E. Raúl, *o.u.c.*, p. 52 y ss.

<sup>21</sup> Para un mayor análisis respecto de temas como: “Cooperación a nivel policial y judicial y unificación de las normas legales”; “Comercio de drogas y política de retiro de circulación de utilidades de origen ilícito”, *Cfr.* Hans-Jörg, Albrecht, “Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero”, trad. de Oscar Julián Guerrero Peralta, 1ª reimpresión, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2004. pp. 40 y 47.

<sup>22</sup> *Cfr.* Polaino-Orts, Miguel, *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

finalidad ha quedado plasmada de manera evidente, lo que corresponde ahora es la participación activa de la sociedad a fin de lograr que los órganos respectivos alcancen una normatividad secundaria racionalmente aceptable que no raye en extremos de desconocimiento de los derechos elementales y en la que se acote su carácter diferenciador o especial, precisamente por una regulación específica que evite su incorrecta e indebida aplicación.

#### IV. Normatividad actual y perspectivas

El carácter integral de una reforma se debe basar en el análisis completo de los factores que inciden y de las condiciones a considerar, a fin de obtener un sistema congruente y coherente con los principios del Estado de Derecho constitucional y social, abarcando en ese estudio, necesariamente, toda la normatividad implicada.

Las perspectivas de los sistemas de justicia se encaminan al reconocimiento de la necesidad de análisis y atención integral de los problemas de seguridad pública y justicia penal, para lograr una normativa congruente y sistematizada en los aspectos esenciales del debido proceso penal, tanto de excepción (sólo en casos justificados), como ordinarios, resolviendo así el problema estructural de la diferenciación del procedimiento penal aplicable en cada caso.

No se trata de asumir posturas que conviertan al sistema penal en obsoleto, ineficaz e inútil para lograr su función de protección de bienes jurídicos, control social y garantía de estabilidad normativa en beneficio de la seguridad, la justicia y el bien común, sobre todo ante la innegable presencia de la criminalidad emergente, que atenta contra la estabilidad misma de la sociedad y sus instituciones.

No significa tampoco que deba optarse por el extremo radicalmente opuesto y justificar sin más reparo cualquier tipo de normatividad de excepción o especial, con independencia de su posible irracionalidad, arbitrariedad y desconocimiento de los derechos elementales.

Nuestra opinión, habrá de insistirse, es la de reconocer la necesidad de admitir una diferenciación entre los sistemas procedimentales aptos para hacer frente a la criminalidad respectiva, ya sea ordinaria o excepcional, pero tan sólo en la medida de lo racionalmente justificable, de lo imprescindible,

de lo verdaderamente necesario desde puntos de vista objetivos y siempre y cuando esa potencial normatividad de excepción se supervise a través de una regulación específica que asegure, en lo conducente, la observancia del garantismo indispensable. Sólo así, creemos, podría realmente hablarse de una normatividad diferenciadora pero congruente con un Estado de Derecho.

## V. Propuesta para regular la incorporación y validez de las declaraciones de “colaboradores” o “testigos protegidos”

Nuestro planteamiento general parte de la idea antes expuesta de la necesidad de regular y acotar debidamente toda posible disposición que implique normatividad de excepción, específica, distinta o especial, en relación con las garantías del debido proceso y no obstante que se reconozca su potencial justificación en tratándose de criminalidad emergente como la llamada delincuencia organizada.

En tal virtud, esa misma exigencia resultará aplicable a cualquier tópico procedimental que implique esa clase de normatividad pretendida. Sin embargo, para los fines de esta breve ponencia nos limitaremos a exponer de manera concreta una propuesta relativa a las exigencias de incorporación y validez (eficacia demostrativa) de la prueba testimonial proveniente de colaboradores o testigos protegidos, siendo conscientes de la gran variedad de aspectos intraprocesales sobre los que la normatividad de excepción podría incidir y que igualmente deberán ser materia de análisis en la legislación secundaria que llegue a emitirse.

Pues bien, en la actualidad se prevé en la llamada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada la figura del testigo protegido o colaborador a los fines de procuración e impartición de justicia en esa materia. De manera general, podemos observar que dicha institución, no obstante, no aparece regulada de manera específica y sobre todo suficiente ni en lo tocante a la reglas de validez para su incorporación, ni en cuanto a lo relativo a su eficacia demostrativa potencialmente derivada de sus características intrínsecas y extrínsecas.

Es decir, si bien se prevé genéricamente sobre su existencia y posibilidad valorativa en términos de la mencionada ley especial, y en el artículo 7º además se regula la remisión al Código Federal de Procedimientos Penales, en cuanto

a supletoriedad, no obstante, creemos, se carece de una regulación más específica que establezca parámetros objetivos para su valoración dentro de un sistema de libre apreciación o sana crítica por parte del juzgador (por ejemplo, en materia de temporalidad en cuanto a la incorporación del testimonio).

Es por lo anterior que diversos tribunales federales han emitido ya criterios en torno a la necesaria aplicación, en lo conducente y de manera supletoria, de los requisitos que para la valoración de la prueba testimonial establece el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues es de destacarse que no existe justificación ni fundamento legal para sostener que por el hecho de tratarse de una testimonial de esa naturaleza (testigo protegido o colaborador), éste deba merecer un valor convictivo predominante, pleno o superior, por el solo hecho de serlo; así como tampoco para suponer que a dicha clase de testificante no le sea exigible requisito alguno para garantizar o establecer suficientemente la autenticidad o veracidad de sus manifestaciones, sobre todo cuando éstas suelen ser extensas, dispersas o referentes a diversos sucesos, circunstancias o personas.

En ese sentido y sólo a manera de ejemplo pueden citarse los siguientes criterios:

TESTIGOS PROTEGIDOS. SU TESTIMONIO NO PUEDE ESTIMARSE APRIORÍSTICAMENTE PREPONDERANTE Y DE ACEPTACIÓN OBLIGADA POR LA PRESUNCIÓN DE SU PARTICIPACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA RESPECTO DE LA CUAL DECLARAN, POR LO QUE SU VALORACIÓN ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN GENERAL. No existe disposición alguna ni en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada ni en el Código Federal de Procedimientos Penales en la que se establezca que el dicho de un testigo protegido, por el solo hecho de serlo, tenga o merezca un valor convictivo pleno, superior o de aceptación obligatoria, pues sólo se prevé la existencia de esa figura y las peculiaridades de carácter intraprocesal en cuanto a su confidencialidad inicial, protección y posible otorgamiento de beneficios; esto último en la medida que se constate su utilidad y, por tanto, la veracidad de sus manifestaciones a fin de lograr el procesamiento y sanción de otros integrantes de la agrupación delictiva, por lo que válidamente se concluye que su valoración se rige por el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, en todo aquello que no fuese materia de regulación especial. Luego, para los efectos de esa valoración es imprescindible apreciar además el contenido propiamente dicho de

la declaración vertida por el testigo, lo que implica que al momento de decidir sobre el mérito convictivo que merece un ateste, el juzgador en uso de su arbitrio judicial podrá o no concederle valor a la prueba, teniendo en cuenta tanto los elementos de justificación concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, como todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio conduzcan a determinar su mendacidad o veracidad, lo que conlleva la necesidad de que la autoridad indague, en su caso, sobre los otros elementos probatorios con el fin de relacionarlos con lo manifestado por el testigo, a fin de dilucidar si los hechos que éste narra se encuentran corroborados con diversos elementos de convicción que permitan al juzgador tener la certeza del hecho que está sujeto a confirmación, o bien, para decidir si alguno o algunos de ellos se encuentran o no robustecidos con alguna probanza. En consecuencia, dichas reglas de valoración son igualmente aplicables en tratándose de la figura jurídica del testigo protegido a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, precisamente porque la calidad de su testimonio no puede estimarse apriorísticamente como preponderante y de aceptación obligada por el solo hecho de estimarse que presuntivamente era miembro de la organización delictiva respecto de la cual declara.<sup>23</sup>

TESTIGOS. LA IMPUTACIÓN DE SU TESTIMONIO CONTRA UNA PERSONA NO PREJUZGA SOBRE LA COMPROBACIÓN DE OTROS ASPECTOS REFERENTES A DIVERSOS HECHOS E INCLPADOS. Cuando un testigo se refiere a hechos diferentes, desvinculados en cuanto a circunstancias de lugar y tiempo y con referencia a personas también distintas, nada impide que puedan llegar a corroborarse algunos de esos hechos y no la totalidad de los sucesos narrados, es decir, que la comprobación o no de la imputación de un testigo en contra de una persona, no prejuzga en lo absoluto sobre la posible comprobación de otros aspectos o partes del contenido del propio testimonio por lo que se refiera a diversos hechos e inculpados.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Tesis II.2o.P.125 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que se localiza en la página 1557, julio de 2005, tomo XXII, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

<sup>24</sup> Tesis II.2o.P.123 P del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 1556, julio de 2005, tomo XXII, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Por lo que se refiere a los criterios de valoración de las declaraciones emitidas por testigos o colaboradores protegidos en materia de delincuencia organizada, es necesario por tanto regular igualmente los parámetros para determinar su autenticidad intrínseca y extrínseca, ello con independencia de reconocer el carácter excepcional de dicha normatividad.

Según los criterios doctrinarios dominantes, la autenticidad intrínseca atiende a dos aspectos: a) la posible confiabilidad subjetiva del declarante que amerita una evaluación o examen de aspectos relativos a su personalidad, a sus condiciones socioeconómicas y familiares pasadas y presentes y sus relaciones específicas con aquellas personas a quienes hace imputaciones, así como el potencial origen y finalidad de su determinación para reconocer hechos que le perjudican y para señalar a otros como coautores o partícipes; y b) la posibilidad de verificar la consistencia interna de las propias declaraciones, tomando en cuenta la precisión, coherencia interior, sensatez, autenticidad, espontaneidad, desinterés, persistencia y sobre todo la ausencia de contrastes o contradicciones con otros elementos de prueba válidamente adquiridos.

Se trata, pues, de una necesaria valoración prudente por parte de los jueces respectivos, quienes deben averiguar necesariamente esa condicionante de autenticidad intrínseca, lo que presupone la mayor eficacia de un sistema de valoración libre en donde el juez con responsabilidad y argumentación razonada pueda tomar en cuenta todos esos aspectos.

La autenticidad extrínseca igualmente puede constatarse con mayor eficacia con base en el principio de libre convicción, conforme al cual el juez tiene la posibilidad de conocer y realizar cualquier cotejo o apreciación respecto de los más variados elementos o indicios capaces de contribuir a otorgar esa autenticidad a la declaración del testificante; esa valoración libre debe abarcar el sentido y alcance de la prueba conforme a criterios de racionalidad, experiencia o de lógica indiciaria. En el caso italiano, por ejemplo, el criterio dominante (incluso jurisprudencial) es en el sentido de que ese cotejo no requiere necesariamente realizarse respecto de pruebas autosuficientes y de carácter tasado o pleno, pues ello llevaría a hacer nugatoria la potencial eficacia de la testimonial, sino que el cotejo extrínseco puede hacerse sobre datos ciertos (indicios) que aun y cuando por separado no tengan el alcance demostrativo pleno del hecho objeto de la imputación, sí



sean por lo menos idóneos para asignar certeza objetiva acerca de la autenticidad de quien ha emitido el relato, obviamente complementándose de manera recíproca y alcanzando un juicio sobre su fiabilidad.

Como puede verse, esa valoración de autenticidad requiere de las facultades de libre apreciación racional y argumentativamente justificada por parte del juzgador; sin embargo, la ausencia de normatividad que incida sobre esta clase de parámetros produce ambigüedad en cuanto a la eficacia del sistema judicial respectivo ante el posible abandono de la observancia mínima a un garantismo ineludible o básico.

Suelen presentarse supuestos en los que un testigo o colaborador emite infinidad de declaraciones, muchas veces desvinculadas y dispersas, así como carentes de una justificación respecto de su capacidad previamente establecida para referirse a determinados sucesos, circunstancias o personas. Esta hipótesis hace mayormente criticable la existencia misma de la normatividad de excepción que prevé la legitimidad del testimonio emitido por testigos o colaboradores protegidos, lo cual puede subsanarse mediante el establecimiento de normas específicas en relación con la temporalidad y condiciones previas para establecer la legitimidad en cuanto a la incorporación de estos testimonios.

Un ejemplo que consideramos digno de citar es la relativamente reciente ley número 45, de 13 de febrero de 2001, surgida en el sistema procesal penal italiano de corte acusatorio oral. Dicha regulación sanciona como no utilizable a aquella declaración de testigos o colaboradores emitidas después de los 180 días respecto de la fecha en que inició su colaboración; esta medida se complementa con la exigencia previa de que el ministerio público recabe de inicio un *acta explicativa* en la que debe recogerse el señalamiento del declarante (obviamente de manera sintetizada y general), respecto de todos aquellos episodios, sucesos, circunstancias o personas sobre los que el colaborador es capaz de manifestarse y está dispuesto a hacerlo (aun y cuando lo haga con posterioridad).

La obtención de esta acta previa, permite que con posterioridad de manera gradual y oportuna, se dé la incorporación del desarrollo específico de aquellas partes o sectores inicialmente anunciados, justificando así, en su caso, la separación de contenidos y la justificación anticipada de que el testigo o colaborador no está emitiendo declaraciones “tardías”, inducidas por otra

clase de intereses coyunturales o desvinculadas de los temas sobre los que realmente está en condiciones de contribuir, lo cual únicamente puede evaluarse en función del contenido de la mencionada acta enunciativa o explicativa que como se ve, tiene un carácter programático que indudablemente sirve a su vez como parámetro objetivo para que un juzgador emita su criterio sobre la autenticidad intrínseca (principalmente), del testificante en cuestión.

Nuestra propuesta específica es, pues, la de emular este tipo de disposiciones que contribuirían a regular de mejor manera dentro de un contexto de legalidad, la obtención y posible validez de pruebas obtenidas mediante la aplicación de normatividad de excepción, según creemos, como es el caso de los llamados testigos protegidos o colaboradores.

Por consiguiente, nos manifestamos partidarios de que la ley secundaria relativa a la delincuencia organizada, por ejemplo, contenga una disposición similar en la que se establezca la exigencia de elaboración previa y oportuna de un acta o documento enunciativo en el que al menos de manera genérica se anuncie el potencial aporte del declarante en cuanto a temas de interés para la investigación y respecto de los que aduzca su capacidad informativa, de manera que sólo respecto de ese contenido pueda posteriormente ampliarse cualquier tipo de desarrollo explicativo, señalamiento complementador, relato específico o identificación posible. Además, esa posibilidad de desarrollo o ampliación específica debe igualmente limitarse en cuanto a temporalidad de recepción como condicionante de autenticidad intrínseca, pudiéndose emplear el término de 180 días naturales, como ocurre en otros países, o uno similar.

De ser así, aquellas manifestaciones ajenas a ese contenido enunciativo, a esa temática previamente establecida como descriptiva de la capacidad de testificación, deberían descartarse en principio respecto del material probatorio susceptible de cotejo y debate, salvo casos específicos de justificación a criterio del juzgador como, por ejemplo, cuando se realice una identificación de personas con posterioridad al plazo establecido pero siempre y cuando se trate de la vinculación congruente y meramente complementaria respecto de sucesos, datos y circunstancias previamente señalados (aunque de manera genérica) en el documento de referencia, como requisito ineludible de validez justificante de la autenticidad basada en parámetros de

fiabilidad, espontaneidad y ausencia de intereses ajenos a la contribución misma en la investigación de los hechos.

Es claro que lo anterior no significa una descalificación absoluta a la legislación actual, y tampoco implica que actualmente esa normativa no pueda, a criterio del juzgador y de acuerdo a las circunstancias probadas de un caso concreto, fundamentar la validez y credibilidad de ese tipo de declaraciones, pero creemos que una incorporación normativa como la sugerida, sin duda, vendría a contribuir en gran medida al fortalecimiento del sistema legal y dotaría a los juzgadores y a las partes en general de un mejor instrumento normativo para evaluar ese tipo de manifestaciones al establecer un parámetro para preconstituir, en su caso, la idoneidad y espontaneidad de un pretendido testificante, con lo cual se evitaría el posible surgimiento de interpretaciones arbitrarias o subjetivas en extremo, así como dilemas controversiales desde la perspectiva de los sujetos implicados en el proceso penal.

## VI. Conclusión

a) PROPUESTA GENÉRICA. Ahora que ya existe la reforma constitucional, nuestra propuesta genérica es, en principio, la de establecer en las leyes secundarias disposiciones que contribuyan a regular dentro de un contexto de legalidad, la obtención y posible validez de pruebas obtenidas mediante la aplicación de normatividad de excepción como es el caso de los llamados testigos protegidos o colaboradores; intervención de comunicaciones; agentes infiltrados; interceptación de objetos y mercancías, etc. Pues, de lo contrario, se incurre en el riesgo de que la aplicación e interpretación de esta clase de normas redunde en abuso y arbitrariedad, o bien en impunidad.

Se propone, por tanto, la incorporación de reglas relativas a la validez o legitimidad para la incorporación y valoración de las declaraciones provenientes de “colaboradores” o “testigos protegidos”.

La citada propuesta exige la consideración de disposiciones que permitan al juzgador evaluar la autenticidad tanto intrínseca como extrínseca de tal clase de declarantes, en un contexto de libre apreciación y mediante los principios de racionalidad, experiencia y lógica.

Por lo que toca a los alcances de este breve ensayo, primordialmente referido a la búsqueda del posible mejoramiento normativo en lo concerniente a la incorporación y valoración de declaraciones de colaboradores y testigos protegidos, se concluye con la idea concreta de incorporar mecanismos potencialmente funcionales para garantizar mayor racionalidad, depuración y credibilidad sobre la espontaneidad de esa clase de deposiciones, tratando de evitar espacios de arbitrariedad hipotética o discrecionalidad injustificada, tomando como marco de referencia el derecho comparado y las formas similares de aplicación previa en sistemas penales de mayor desarrollo y experiencia en la atención a ese tipo de problemáticas en lo particular.

b) PROPUESTA ESPECÍFICA. Específicamente se propone que en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se regule la forma de incorporar y prever anticipadamente las potenciales colaboraciones o testimonios de quienes estén en condición de hacerlo, a fin de contribuir a garantizar así de manera objetiva, la autenticidad por espontaneidad y fiabilidad del relato de que se trate. Para ello, estimamos necesario establecer condiciones de forma y tiempo, de manera que el órgano investigador realice obligadamente un acta o documento explicativo o enunciativo, en el que al menos de manera genérica se dé razón de aquellos temas relacionados con sucesos, circunstancias o personas sobre las que el declarante aduce ser capaz y estar dispuesto a declarar en calidad de colaborador o testigo en la materia de que se trate, estableciéndose un plazo (que podría ser de 180 días o similar), dentro del cual puedan incorporarse las complementaciones o explicación de detalles respecto de los temas anticipadamente enunciados con la consecuencia de invalidez para el incumplimiento o inobservancia de tales condiciones.

Sólo de manera ejemplificativa podría citarse un texto como el siguiente:

...Tratándose de la declaración de colaboradores o testigos protegidos dispuestos a aportar datos que contribuyan eficazmente a la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada y de las personas en ellos involucradas, el ministerio público deberá levantar, con las exigencias de ley, un acta explicativa en la que se enuncien al menos genéricamente, por parte del declarante, todos aquellos temas, sucesos, circunstancias o personas sobre las que aduce ser capaz y estar dispuesto a declarar, así como la posibilidad de ampliar oportunamente y en detalle los

aspectos concernientes a la investigación de cada uno de los supuestos o hechos a investigar que de ese documento deriven.

El plazo dentro del cual podrán ampliarse o desarrollarse en detalle por parte del declarante o testigo los temas contenidos en el acta explicativa, será de 180 días. Las manifestaciones obtenidas o incorporadas con posterioridad carecerán de validez, salvo los supuestos de excepción justificados a criterio de la autoridad judicial, siempre y cuando se vinculen de manera directa, complementaria y congruente con los datos y señalamientos inicialmente contenidos en el acta explicativa.

Como se ha reiterado, la finalidad de exponer esta opinión es la de contribuir al diálogo constructivo encaminado hacia la búsqueda y obtención posible de mejoras en la normativa vinculada con el tema de que se trata, polémico por naturaleza, mas no por eso refractario a propuestas de evolución y adecuación benéfica a los fines del fortalecimiento de los mecanismos legales para evitar la impunidad en delitos graves y de criminalidad organizada, pero al mismo tiempo respetando la estructura básica y conducente del Estado de Derecho que representa el marco de aplicación imprescindible.