

¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008

Arturo Luis COSSÍO ZAZUETA

A mi Maestra, la Dra. Emma Mendoza Bremauntz, agradeciendo sus enseñanzas en clase y las lecciones de vida

SUMARIO: Introducción. 1. La reforma en el ámbito del derecho sustantivo. 2. La reforma en el ámbito del derecho adjetivo. 3. La reforma en el ámbito del derecho ejecutivo. 4. Conclusión.

Introducción

Uno de los temas que en nuestro país han desatado una mayor problemática es el de la delincuencia organizada. Se trata, sin duda, de un asunto de seguridad nacional y como tal debe tratarse. Sin embargo, es evidente que incluso en los temas de esta índole deben respetarse los derechos humanos del gobernado en todo momento.

La reforma constitucional sobre la que recae el presente trabajo fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008. Con la modificación a la Constitución General de la República se pretende instaurar el sistema de justicia penal acusatorio, que debe ser de corte garantista.

A pesar de las bondades que brinda el modelo procesal acusatorio y que, de ser aplicado en forma correcta, traerá beneficios al país, un tema que merece estudio especial es el de la delincuencia organizada, pues hay cambios que repercuten en los ámbitos sustantivo, adjetivo y ejecutivo en esa materia.

Se puede pensar que se trata de un régimen de excepción, pero también que es ya un derecho penal del enemigo, quizá no en los términos del propuesto por Günther Jakobs, pero definitivamente sí se hace una distinción importante entre el trato que da nuestro sistema jurídico a la delincuencia organizada frente al que otorga a la otra delincuencia (lo que podría identificarse como el derecho penal del ciudadano).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El sistema penal deberá ser acusatorio y oral, debiendo regirse por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.¹ Además, según el texto constitucional buscará esclarecer los hechos, la protección del inocente, evitar la impunidad y la reparación de los daños causados.²

Se introduce en forma expresa la presunción de inocencia, la valoración libre de las pruebas, se limita la prisión preventiva, se establece la justicia alternativa como una forma importante de solución de controversias en materia penal, se prevé la posibilidad del ejercicio de la acción penal por parte de los particulares (excepcionalmente), etcétera. Se busca lograr, en términos generales, un procedimiento penal que equilibre los intereses de los gobernados con los de la sociedad.

Con tantas bondades no se vería problema (independientemente de la implantación, que no es un tema menor). Sin embargo, en materia de delincuencia organizada, desde el punto de vista personal, el sistema se aleja de todas estas ventajas al establecer disposiciones de cuestionada legitimidad, que son objeto de estudio del presente trabajo.

1. La reforma en el ámbito del derecho sustantivo

En este ámbito el cambio es a nivel de una definición incompleta de los que debe entenderse por delincuencia organizada. Dice el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM)³:

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

Como se puede apreciar fácilmente, no se define en forma exacta lo que es la delincuencia organizada, sino que se limita a dar algunos elementos básicos pero después se remite a la ley secundaria. Lo anterior es desafortunado, toda vez que la idea de incluir el concepto en la norma suprema tenía como objeto evitar que el legislador, en ley secundaria, pudiera cambiar en forma sencilla la forma en que se concibe a la figura en estudio. Al expresar *“en los términos de la ley de la materia”* se permite que en esa ley se vaya modificando el contenido y alcance del concepto sin cumplir con los requisitos que habría que reunir para modificar la Constitución.

Como consecuencia de la reforma a la CPEUM se modificó, por decreto publicado el 23 de enero de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en adelante LFCDO), para quedar, por lo que hace al tema que nos ocupa, de la siguiente forma:

¹ De conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado.

² En términos de lo dispuesto por la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional.

³ Párrafo noveno después de la reforma de junio de 2008 y siguientes modificaciones.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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.”

Evidentemente se respetan los aspectos de la definición constitucional pero el principal riesgo es que los delitos vinculados a la delincuencia organizada se vayan expandiendo por decisión del legislador con reformas a ley secundaria, que como se dijo con anterioridad, no cumplen con los requisitos para la modificación constitucional.

Hubo más modificaciones a la LFCDO pero son de naturaleza adjetiva, independientemente de que el objeto de análisis del presente estudio es la reforma a la CPEUM y no todas las que de ella deriven.

2. La reforma en el ámbito del derecho adjetivo.

En este rubro sí encontramos modificaciones importantes al régimen aplicable a la delincuencia organizada, destacando las siguientes:

a) Arraigo.

El tema del arraigo es controversial. Desde un punto de vista personal es una medida que puede resultar positiva⁴ si se aplica en forma necesaria y suficiente, es decir, sin incurrir en abusos y únicamente para casos que realmente lo ameriten. Es rechazable y se rechaza que se utilice como una forma de aseguramiento “automática”, es decir, que para todo indiciado se pretenda aplicar mientras se investiga si hay elementos para una imputación.

El Estado sí debe contar con la posibilidad de que, en términos de lo dispuesto por la CPEUM, se arraigue a una persona siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.⁵

Sin lugar a dudas será fundamental la actuación de los jueces de control, previstos en el décimo cuarto párrafo del artículo 16 constitucional para evitar abusos. Hoy en día se percibe que hay abuso de la figura, pero no por ello hay que suprimirla, sino que hay que verificar que su aplicación sea únicamente en los casos en que sea indispensable.

⁴ En la medida en que se respete el más elemental derecho de defensa se puede lograr un equilibrio entre los intereses del Estado y los del particular, pues se puede proteger bienes jurídicos y evitar impunidad pero permitiendo que el indiciado no quede desprotegido. Al permitírsele una defensa adecuada desde el arraigo puede evitar que se formalice la investigación y eventualmente un proceso.

⁵ Párrafo Octavo del artículo 16 de la CPEUM.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Uno de los problemas de la regulación constitucional en materia de delincuencia organizada, concretamente por la remisión a la ley secundaria, lo encontramos al analizar la figura del arraigo. Dice la CPEUM en el párrafo octavo del artículo 16:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

De conformidad con el texto transcrito las modalidades de lugar y tiempo para el arraigo (sin exceder de los cuarenta y eventualmente ochenta días) las debe determinar la ley secundaria.

Sin embargo, la LFCDO en el artículo 12 establece:

“El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.”

Cabe hacer notar que este artículo fue reformado después de la modificación constitucional por lo que debería regular las modalidades del arraigo. Sin embargo, este dispositivo como se aprecia a simple vista, establece que las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización los determina la solicitud. Así, la CPEUM remite a la ley secundaria y ésta a la solicitud de arraigo. Esto es inaceptable.

b) Establecimientos especiales para la prisión preventiva

Desde hace algunos años hay la tendencia a la reclusión de personas vinculadas a la delincuencia organizada en centros de máxima seguridad. La reforma al artículo 18 de la CPEUM legitima tal situación, tanto para la prisión preventiva como para la ejecución de la pena. Sin embargo, hay que tener cuidado con temas que, de antaño, han constituido violaciones flagrantes a las garantías del gobernado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Tras la reforma constitucional al numeral mencionado, el primer párrafo dice a la letra:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

A simple letra se aprecia que el sitio para la extinción de la pena debe ser distinto y estar completamente separado del destinado para la prisión preventiva, sin abrir la puerta a excepciones.

Si los sitios destinados a la prisión preventiva y a la ejecución de la pena son distintos y deben estar separados se entiende que deben ser establecimientos diferentes, es decir, no es válido internar en un centro de reclusión tanto a procesados como a sentenciados, pues aunque estén divididos en una institución ello no cumple con la exigencia de la Ley Suprema. Se insiste, no hay lugar a excepciones ni siquiera para la delincuencia organizada.

En este orden de ideas, para cumplir con el tema que nos ocupa en el presente apartado es necesario que existan establecimientos especiales para la aplicación de la prisión preventiva a personas a las que se les imputa un delito relacionado con la delincuencia organizada, que sean distintos y estén completamente separados de los establecimientos especiales destinados a la ejecución de las penas impuestas en materia de delincuencia organizada.

c) Restricción de comunicaciones privadas de inculcados con terceros

Con la modificación al artículo 18 constitucional también se prevé el tema de la posible restricción de comunicaciones privadas con terceros. Sin embargo, las comunicaciones con el defensor no pueden ser restringidas.

Es claro que lo que se pretende es tratar de evitar que quienes enfrentan una causa en materia de delincuencia organizada puedan participar en actividades de la organización delictiva a la que se les imputa pertenecer. Si bien es cierto que hay un reclamo social en relación con ello no deja de ser desafortunada la reforma en cuanto a su legitimidad.

Hay que partir del hecho de que no es fácil que cualquier persona tenga acceso a las instalaciones de los centros de reclusión (y menos a los de máxima seguridad), por lo que las personas que visitan a los internos son familiares o defensores. Actualmente todavía se utiliza la figura de la persona de confianza para designar a un defensor, situación que llegará a su fin al momento en que entre en vigor la reforma al artículo 20 de la CPEUM, toda vez que ya estaremos ante una defensa por abogado únicamente.

Mientras se puede nombrar a cualquier persona como defensor por lo que la reforma puede quedar, por lo menos por ahora, sin mayor efectividad pues se puede designar como defensor a la organización entera y no se puede restringir en ninguna forma la comunicación con el defensor. Por supuesto que no se sugiere que se deba incluir a

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la restricción a las comunicaciones con su defensor porque eso provocaría la indefensión del imputado.

Independientemente de lo anterior, analicemos la posibilidad *per se* de restringir las comunicaciones privadas (salvo con el defensor). ¿Será legítimo no dejar que el imputado (y aún en condenado) en materia de delincuencia organizada) se comunique con su familia o con amistades?

El párrafo segundo del artículo 18 de la CPEUM dispone:

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

No hay excepción, el sistema penitenciario debe buscar la reinserción social del reo a través del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, el deporte y la salud. El permitir la restricción de comunicaciones privadas puede impedir la reinserción social del condenado pero es mucho más grave en tratándose de personas en prisión preventiva. Desvincular a la persona de personas con las que quiera tener comunicación puede dificultar la readaptación y posterior readaptación social del interno. ¿Cómo queremos que salga capacitado para integrarse a la sociedad si antes lo desvinculamos de las personas cercanas? Se entiende la medida desde un punto de vista de combate a uno de los flagelos sociales más graves pero ello no justifica la violación a aspectos fundamentales señalados por nuestra Carta Magna.

d) Vigilancia especial a los internos relacionados con delincuencia organizada

Esta medida estaría vinculada con la idea de no permitir que los internos sigan operando desde el centro de reclusión. Se autoriza que a los internos se les vigile pero, al no establecer el artículo 18 de la Constitución General de la República, algún tipo de límite queda a la ley secundaria la reglamentación de la medida, por lo que en este momento sólo es posible decir que, por la amplitud que puede tener en la ley secundaria es peligrosa esta facultad de la autoridad pues se puede llegar a atentar contra la dignidad y los derechos mas elementales de una persona.

e) Prisión preventiva oficiosa.

Dentro de los puntos plausibles de la reforma constitucional encontramos la inclusión del límite a la prisión preventiva. Ha sido el abuso de esta medida cautelar lo que ha provocado, en gran medida, la saturación de los centros de reclusión del país.

Antes de la reforma y hasta en tanto entre en vigor, tenemos un sistema en que, en términos de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 18 de la CPEUM, la prisión preventiva procede para los delitos con pena privativa de la libertad. En los casos en que procede la medida mencionada se puede, de conformidad con el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

artículo 20 Apartado A fracción I del mismo ordenamiento, obtener la libertad provisional bajo caución (siempre que el delito que se impute no sea grave, con algunas limitaciones⁶).

Así, el sistema ha sido, en caso de delitos con pena privativa de la libertad, el de aplicar la prisión preventiva y después otorgar la libertad provisional de proceder en los términos mencionados, exigiendo garantías para asegurar la presencia del inculgado ante el juez para enfrentar su proceso.

Con la reforma al artículo 19 de la Norma Fundamental se establece, en el párrafo segundo, lo siguiente:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.”

Es una modificación importante, pues cambia el paradigma. Ya no es detener a todos y liberar a algunos. La idea es que únicamente se impondrá la prisión preventiva a aquellas personas que, siendo imputadas por un delito que merezca pena privativa de la libertad, se encuentre en algunos de los supuestos que el artículo 19 prevé.

El tema que nos ocupa está incluido dentro de lo que podemos denominar como prisión preventiva oficiosa (frente a la que es únicamente a petición del Ministerio Público en los casos y con los límites señalados en la primera parte del párrafo transcrito).

Es obvio que, por la gravedad de los delitos en los casos de delincuencia organizada, no alcanzaría en el esquema previo a la reforma, la libertad provisional bajo caución, por lo que es razonable que sea de los casos en que proceda la prisión preventiva, incluso en forma oficiosa, en el esquema nuevo.

f) Suspensión del proceso y de los plazos para la prescripción de los sujetos que evadan la acción de la justicia o sean extraditados, en ambos casos, una vez dictado el auto de vinculación a proceso

De los temas polémicos de la reforma constitucional encontramos, en el artículo 19, el de la suspensión de la prescripción, previsto en el penúltimo párrafo.⁷ Estamos

⁶ En caso de delitos no graves se puede negar la libertad provisional si el indiciado fue condenado previamente por delito grave o si la libertad constituye un peligro para la sociedad o el ofendido de acuerdo con las características del sujeto o del delito imputado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ante dos supuestos, el de que el sujeto se evada o bien sea extraditado con posterioridad a que le fue dictado el auto de vinculación a proceso. Básicamente estaríamos diciendo que se introduce la imprescriptibilidad en materia de delincuencia organizada a partir de la vinculación a proceso. Es una modificación que debe condenarse, toda vez que, en derecho penal, se ha aceptado en forma generalizada que la responsabilidad penal se extingue ante el transcurso del tiempo y la inactividad del Estado para sancionar los hechos delictivos.

Si un sujeto se evade el Estado debe desarrollar las actividades necesarias para su captura. De no hacerlo en los plazos (amplísimos que prevé la ley) pierde el derecho a castigar la conducta realizada. Sin embargo, la más grave es lo relativo al otro supuesto. Si el Estado Mexicano tiene ya a una persona vinculada a proceso y por una decisión jurídico-política decide entregarla a un Estado extranjero no tiene porque suspenderse al plazo de la prescripción. Si hay el interés para procesar penalmente a una persona no debe entregarla a otro país para que lo haga antes.

g) Posibilidad de que el juez autorice que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador

Estamos ante uno de los temas desafortunados de la reforma. En un Estado Democrático de Derecho una persona tiene derecho al debido proceso. En nuestra constitución se prevé que el juicio debe tramitarse cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento.⁸ El cumplimiento de estas formalidades se traduce en que el gobernado pueda enfrentar una imputación con una plena y eficaz garantía de defensa. Para ello se le deben proporcionar todos los elementos que para tal efecto requiera.

Es evidente que no se puede considerar que pueda haber una defensa adecuada, y en consecuencia, tampoco el debido proceso de no informársele al inculpado el nombre de quien le realice la imputación. La información es importante no sólo para que se tenga certeza de que alguien realizó señalamiento contra la persona sino porque, al saber su identidad, se puede atacar la credibilidad, ya del sujeto, ya de la imputación.

Ya la LFCDO fue reformada para adicionar el artículo 11 Bis que permite ocultar el nombre de agentes infiltrados, de los que cumplan órdenes de aprehensión y cateo,

⁷ “*Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal*”.

⁸ El párrafo segundo del artículo 14 de la CPEUM dispone: “*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

así como los que detengan en flagrancia, asignándoles una clave numérica para referirse a ellos en actuaciones.⁹

Desafortunadamente se han presentado casos lamentables como el ocurrido en el estado de Tabasco, en que se ejecutó a familiares de un miembro de la Marina de nuestro país (fallecido en cumplimiento del deber, todo en diciembre de 2009). Se entiende la necesidad de proteger a testigos, autoridades y, en general, a todos los involucrados en la investigación y persecución de los delitos pero no justifica hacer que una persona tenga que enfrentar una imputación sin saber el nombre de la persona que la realiza, pues como se dijo, ese dato puede utilizarse para cuestionar la credibilidad de quien declara en contra del imputado (recordemos que es un gobernado al que se le presume inocente, no es todavía alguien declarado como miembro de la delincuencia organizada).

h) Beneficios para el inculpado, procesado o sentenciado (condenado) que brinde información eficaz para la investigación y persecución de delitos relacionados con la delincuencia organizada

No es un tema nuevo el de la reducción de la pena a cambio de colaboración eficaz para el desmembramiento de organizaciones delictivas. No se cuestiona la importancia de la información que pueda aportar alguien que, perteneciendo a una organización delictiva, pueda aportar sobre la misma por lo que es entendible el ofrecer beneficios para poder combatir en mejor manera el problema. Sin embargo hay que cuestionar la legitimidad de la medida desde el punto de vista de la justificación de la pena.

El primer párrafo *in fine* del artículo 22 de la CPEUM dispone: “*Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado*”.

⁹ Artículo 11 Bis (LFCDO). “*El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.*

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

¿Cambia el valor o grado de afectación del bien jurídico por el hecho de que se colabore con información para desmembrar organizaciones? Es obvio que no es así. Por un lado se plasma un criterio objetivo para la imposición de la pena y por otro se permiten reducciones (aclarando que en lo que ya se denomina proceso abreviado, también habrá beneficios a quien acepte su participación en el delito en los casos distintos a los de la delincuencia organizada).

i) Posibilidad de otorgar valor probatorio a las actuaciones practicadas en la fase de investigación cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas

Este es, junto con la posibilidad de no informar el nombre de su acusador, quizá el tema a revisar con cautela. En el sistema acusatorio adversarial se establecen ciertas características fundamentales, entre ellas el que únicamente serán consideradas para la sentencia las pruebas desahogadas en la audiencia del juicio¹⁰, salvo la prueba anticipada (que deberá desahogarse con autorización de la autoridad judicial y en vista judicial).

Esta disposición es uno de los pilares de la reforma, pues se pretende evitar que el juez resuelva con base en actas redactadas por el agente del Ministerio Público investigador como ocurre ahora.

A mayor abundamiento, en el sistema procesal previa a la reforma encontramos que el Ministerio Público es la institución encargada de la investigación (como autoridad) y de la persecución (como parte procesal) de los delitos. El problema es que la investigación toma un sesgo pues se integra pensando en la acusación en lugar de ser imparcial, es decir, investiga considerando en lo que se requerirá para lograr la consignación y posterior procesamiento y condena. De esa forma puede dejar de lado aspecto que pudieran entorpecer esa finalidad en perjuicio del imputado en forma directa y de la sociedad en general de manera indirecta (al facilitar posibles injusticias). Dicho de otra forma, si aprecia que una prueba puede dificultar la consignación puede caer en la tentación de no desahogarla para evitar obstáculos posteriores.

El problema aumenta si a las actuaciones del Ministerio público se le otorgan valor probatorio plena, como ocurre con el sistema penal previo a la reforma. El inculpaado inicia el proceso ya con la prueba de casi todo lo que hace falta para condenarlo y con una mínima posibilidad de controvertir lo que consta en actas.

Para evitar eso se introduce en la reforma el tema en comento. Sólo podrán ser consideradas para la sentencia las pruebas desahogadas ante el juez del juicio¹¹ (que

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, Apartado A, fracción III de la CPEUM, que dice: “Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”.

¹¹ Salvo la prueba anticipada.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

no puede ser uno que haya conocido anteriormente del asunto que se juzga), es decir los datos previos al juicio no los conoce quien resolverá la causa, quien interviene sin estar “contaminado” con actuaciones previas. La verdad que declarará al dictar sentencia será la que arrojen las pruebas ante él desahogadas.

Esa ventaja se pierde cuando se prevé que, en materia de delincuencia organizada, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo de la fracción V del Apartado B del artículo 20 de la CPEUM¹², las actuaciones de la fase de investigación puedan tener valor, es decir, que no se considerarán para la sentencia sólo las pruebas desahogadas en la audiencia sino también se puedan valorar las anteriores se le dificulta la defensa en forma importante (y si además se le oculta el nombre de su acusador el estado de indefensión es absoluto).

Se dijo antes y se reitera, hay que dar protección a los involucrados en el procedimiento pero el camino no es eliminar la garantía de defensa adecuada para lograrlo.

j) *Al resguardo de la identidad y de los datos personales de la víctima o del ofendido*¹³

En este aspecto nos enfrentamos ante la problemática comentada al hablar de la no información de los datos del acusador por lo que se remite a dicho punto, no sin insistir en que es claro que sí debe protegerse a la víctima u ofendido pero el camino no debe ser dejar en estado de indefensión al imputado, además de que el no proporcionar los datos no garantiza protección real alguna.

k) *Para delincuencia organizada, entre otros delitos se prevé la figura de extinción de dominio*

No es un tema a desarrollar en este momento el de la extinción de dominio que no es exclusivo de la delincuencia organizada, pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 constitucional procede para los delitos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. Simplemente mencionaremos que es un procedimiento jurisdiccional y autónomo del procedimiento penal. El principal punto para la crítica es que, además de la posible afectación a intereses de personas inocentes que de buena fe hayan, por ejemplo, arrendado un bien, es que puede privarse a alguien de su propiedad sin que nunca se le acredite la comisión de un delito pero precisamente por la supuesta comisión del

¹² Artículo 20, Apartado B, Fracción V, párrafo segundo de la CPEUM dice: “*En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra*”.

¹³ Artículo 20, Apartado C, fracción V de la CPEUM a la letra dice, refiriéndose a las garantías de la víctima u ofendido: “*Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa*”.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mismo. No es sanción penal pero deriva de la supuesta comisión de un delito que no se requiere demostrar en un procedimiento penal. Una figura desafortunada.

l) Se federaliza la regulación de la delincuencia organizada (esto también para el derecho sustantivo y ejecutivo)

Es un tema importante que no repercute en la consideración de si el régimen de delincuencia organizada es o no un derecho penal del enemigo. Con la reforma al artículo 73 de la CPEUM, en la fracción XXI se faculta al Congreso de la Unión para “*Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada*”.

Lo anterior es un acierto pues al ser un tema ya de seguridad nacional debe enfrentarse con la misma normatividad en el país. Debería también unificarse la normatividad procesal penal en general y por lo menos homologar la ley sustantiva.

3. La reforma en el ámbito del derecho ejecutivo

La reforma también impacta el aspecto de la ejecución de las penas. Sin embargo no se comentará en este momento pues es aplicable lo manifestado con motivo de la prisión preventiva, ya que la CPEUM se refiere temas (prisión preventiva y ejecución de sanciones, aunque al respecto se refiere a sentenciados, debiendo decir condenados, pues la modificación en forma textual permitiría restringir derechos del sujeto que, habiendo sido sentenciado, fuere absuelto) al regular la existencia de establecimientos especiales, la restricción de comunicaciones privadas, así como la vigilancia especial de los internos.

Se hace una limitación para los condenados por delincuencia organizada en relación con el cumplimiento de la pena en establecimientos distintos a los más cercanos a su domicilio, lo que es criticable pues dificulta la posibilidad de readaptación y posterior reinserción social pero como ya se comentó, la idea es internarlos en establecimientos de reclusión especiales.

4. Conclusión

Una vez comentado todo lo anterior se puede llegar a la conclusión de que si bien no estamos ante un derecho penal del enemigo al extremo de que se considere al sujeto responsable del delito como un ser sin derechos, sin que se le retire el *status* de ciudadano, sí estamos ante un régimen de excepción.

Es una situación lamentable. No es legítimo reducir al imputado por delito alguno la posibilidad de una defensa adecuada, máxime imperando la presunción de inocencia.

El problema es que se considera y se otorga el trato de activo de delincuencia organizada a alguien que todavía se investiga si pertenece o no a la organización, limitando la posibilidad de defenderse, es decir, no se le permite un proceso en condiciones normales cuando de ese procedimiento se debe desprender la acreditación del delito y de la responsabilidad penal. Pareciera que lo que se busca es

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

únicamente confirmar lo que ya se prejuzgó, pues no le damos derechos por ser miembro de delincuencia organizada aunque ello todavía no se ha demostrado.