

## EL SILENCIOSO AVANCE DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN\*

José Ramón COSSÍO DÍAZ\*\*

En primer término, agradezco a la Academia Mexicana de Ciencias Penales y al Instituto de Investigaciones Jurídicas el haberme invitado a estas Jornadas. En especial, me gustaría expresar mi gratitud al magistrado Jorge Ojeda Velázquez por sugerirme el título que lleva la presente intervención.

En esta ocasión, me interesa comunicar algunas ideas surgidas a partir de una conferencia dictada por don Sergio García Ramírez en la cual reflexionaba sobre las implicaciones del doble estándar o doble criterio penal establecido en la Constitución, a partir de la distinción entre la delincuencia organizada y la “no organizada”, por utilizar la expresión en sentido negativo. Lo anterior me generó una gran preocupación ya que, a pesar de que había percibido algunas cuestiones en la jurisprudencia y en la legislación, la ponencia del doctor García Ramírez reflejó con claridad cómo hemos ido ampliando progresivamente los márgenes de la persecución de los delitos con la intención de combatir al grave fenómeno de la delincuencia organizada. En otras palabras, hemos ido —algunas veces de una forma sutil, y otras, no tanto— estableciendo una serie de excepciones que se van generalizando. Esta misma observación se hacía hace tiempo respecto de la delincuencia “no organizada”.

Sin hacer juicios precipitados y tomando en cuenta mi carácter de ministro de la Suprema Corte, me parece que so pretexto de estar combatiendo el grave problema de la delincuencia organizada, hemos ido incorporando y desincorporando algunas medidas que, desde mi perspectiva, no tienen una justificación constitucional. Para explicar lo anterior pondré algunos ejem-

\* Versión estenográfica de la conferencia dictada en las XIII Jornadas sobre Justicia Penal “Rafael Márquez Piñero”. Código Penal para el Distrito Federal a diez años de vigencia, que tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 27 al 30 de noviembre de 2012. Agradezco a Laura Estela Torres Morán su apoyo para la preparación de este documento.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional en el ITAM.

plos y comentaré algunas decisiones relevantes que ha tomado la Suprema Corte, algunas que a mi parecer —y desde luego con el mayor respeto a mis compañeros ministros— se pueden calificar de positivas, y otras respecto de las cuales no considero posible emitir un juicio con esas características.

De la reforma publicada el 18 de junio del 2008, cuyos elementos básicos son ya conocidos por todos ustedes, destacan los siguientes: en el artículo 16 el arraigo y la facultad de acceder a información clasificada en casos de delincuencia organizada; en el 19 lo relativo a la prisión preventiva respecto de este tipo de delitos; en el 20 los derechos del imputado; en el 22 la extinción de dominio, y en el 73 lo relativo a las atribuciones para legislar en las materias anteriores.

En primer lugar, me atrevo a decir que en esta reforma hubo una enorme contradicción filosófica. En ella se fusionaron dos proyectos con entendimientos muy distintos: por una parte se incorporó el garantismo —expresión que por lo demás se utilizó con una enorme generalidad— como base para la construcción del sistema acusatorio de los juicios orales; por otro lado, en la iniciativa presentada por el presidente de la República se partió de una filosofía punitiva cuyo objetivo principal era el combate a la delincuencia. El encuentro entre estas dos iniciativas, y el intento por generar una solución intermedia o mixta, produjo algunas consecuencias o efectos que, desde mi punto de vista, están resultando complicados en su administración. Desde mi perspectiva, una reforma de filosofía garantista no es del todo compatible con una que introduce una categoría que, si bien en principio tiene una racionalidad en el sentido de combatir un fenómeno o varios fenómenos de delincuencia organizada, genera la tentación de ir extendiendo su lógica hacia situaciones de naturaleza distinta y, en consecuencia, dar un tratamiento diferenciado a ciertas personas.

La Suprema Corte, al resolver la acción de inconstitucionalidad 48/2009 el 14 de abril de 2011, se enfrentó a un primer problema importante cuando analizó diversos preceptos de la Ley de la Policía Federal. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), como promovente del asunto, combatió la constitucionalidad de diversos artículos, entre los que destacan el 8o., fracción VII y el 10, fracción XII. De estas disposiciones se desprende que una de las atribuciones del comisionado general de la Policía Federal es autorizar, previo acuerdo con el secretario de seguridad pública federal, “operaciones encubiertas y de usuarios simulados para desarrollar operaciones de inteligencia para la prevención”, se entiende, desde luego, que de los delitos.

La cuestión que me pareció delicada en la resolución de este asunto es el argumento de la mayoría —ya que algunos votamos en contra—, en el

sentido de establecer una muy tenue diferenciación entre principio de legalidad y la facultad reglamentaria del presidente de la República a efecto de determinar que estas operaciones encubiertas no son inconstitucionales. Esta resolución básicamente permite a la policía realizar este tipo de operaciones, considerando que no es inconstitucional el precepto legal porque corresponderá al reglamento definir los lineamientos mínimos para el ejercicio de esta atribución. La situación anterior, a juicio de la mayoría, hace que la disposición no sea contraria a la Constitución.

Pensar que en una cuestión tan delicada, como las operaciones encubiertas en situaciones que se estiman necesarias para la prevención de los delitos, algo que suponemos está aconteciendo o va a acontecer, corresponde definir sus elementos mínimos en un reglamento, es una cuestión que afecta al principio de legalidad. En ese mismo sentido, aunque esté expresado de forma distinta, la lógica que subyace a esta posibilidad es la de establecer que este tipo de acciones son importantes socialmente porque nos enfrentamos a una categoría de presuntos criminales que amerita la generación de medidas excepcionales por parte del Estado. ¿Qué significa la prevención? ¿Respecto de qué tipo de delitos es válida una operación encubierta? ¿Bajo qué modalidades? Desde luego no pretendo que la legislación sea casuística o que el contenido normativo sea profundamente detallado, pero sí que contenga algunas bases generales, como lo exigía la CNDH con toda razón.

Adicionalmente, respecto de la manera conjunta en que se debe ejercer la atribución, el criterio mayoritario en el Pleno fue en el sentido de que la norma no resultaba inconstitucional ya que la autoridad que participa en la toma de decisiones es la misma que tiene a su cargo la seguridad pública y, en razón de lo anterior —casi en términos tutelares o paternalistas— tiene la posibilidad de decidir en qué casos se deben realizar esas operaciones encubiertas y cómo deben hacerse.

Desde mi perspectiva —y con el debido respeto—, aquí se presenta una condición bastante circular, como se explica a continuación. La ley, se dice, no tiene por qué decirlo todo y una parte de su contenido puede establecerse en el reglamento, a pesar de que las operaciones encubiertas pueden ser disruptivas de los derechos humanos. Además, hay un otorgamiento o cesión de atribuciones a los mandos policiacos, porque su deber es cuidar el orden, y no lo pueden realizar si no se les permite hacer lo que la propia ley les ordena.

A mi parecer, los anteriores son dos argumentos circulares ya que, atendiendo al trasfondo ideológico más que a las resoluciones, se puede preguntar ¿de qué otra forma podemos enfrentar este tipo de situaciones de

gravedad si no es mediante el otorgamiento de atribuciones más amplias a las autoridades policíacas? Si se pone atención a la disposición, se puede observar que al prever las operaciones encubiertas no restringe su realización a los casos de delincuencia organizada, sino que simplemente se refiere a la prevención de delitos. Pero ¿qué delitos? Esta es una cuestión que se determinará en el reglamento. ¿Quién las ordena? El jefe de la policía. ¿Con qué restricciones? Con las que él mismo se establezca. Entonces esta idea de excepcionalidad se va incorporando como la humedad, por utilizar una metáfora. A mi parecer es delicado que amplíemos las posibilidades de la policía con la justificación de combatir a la delincuencia organizada, generando una situación en la que no queda ya muy claro el tema mismo que se está enfrentando.

El segundo caso que me parece delicado —y en esto la Suprema Corte ha tomado ya algunas decisiones— es el de los testigos protegidos y los colaboradores. Aquí se puede identificar un problema, tal vez más serio que el descrito anteriormente, debido a que en lugar de obtener la cooperación de testigos protegidos, estamos generando testigos anónimos. En un primer momento, lo anterior se dio a partir del contenido del artículo 20 de la Constitución, y después del de la Ley de Delincuencia Organizada, disposiciones que han generado una situación en la que el procesado no tiene la certeza de quién está declarando en su contra. Se dice que el testigo está protegido pero, desde mi perspectiva, no hay en realidad diferencia con un testigo anónimo.

Por una parte, se puede afirmar que es bueno que se otorgue una protección especial a los testigos para que declaren y lleven a cabo las funciones procesales que les correspondan. Sin embargo, me parece que lo anterior se debe distinguir de una situación en la que el inculcado no sabe quién lo acusa ni por qué lo hace. Esta es una de las cuestiones centrales que se están presentando en el país. Están empezando a llegar a la Suprema Corte asuntos relacionados con este tema y, aunque no me puedo pronunciar sobre lo que no se ha resultado, considero prudente señalar que las personas empiezan a plantear que el desconocimiento de quién sustenta las acusaciones es una violación a los derechos humanos de carácter procesal.

Ante un testigo al que se le asigna un nombre genérico para guardar su anonimato, ¿cuál es la posibilidad de un careo?, ¿cuál es la posibilidad de desvirtuar la testimonial? Si el procesado no sabe quién es el testigo, dónde estuvo o qué hizo, se borra la distinción entre un testigo protegido y uno anónimo. Lo anterior se justifica diciendo que estamos luchando contra “los malos” y la idea de quiénes son “buenos” y quiénes son “malos” también se va diluyendo.

Respecto del concepto de “delincuencia organizada”, hay algunos otros problemas importantes que se deben señalar. Lo anterior nos llevará a analizar la situación del Distrito Federal, que es el tema de estas Jornadas.

En la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal hay algunos preceptos cuyo contenido es realmente preocupante. El artículo 6o., por ejemplo, establece que cuando existan indicios suficientes para acreditar que alguien es miembro de la delincuencia organizada, el juez de la causa podrá dictar una orden de arraigo. Si la Constitución establece que el tema de delincuencia organizada es una materia de carácter federal, no local, entonces ¿cómo es posible que en la Ley contra la Delincuencia Organizada del Distrito Federal se faculte a un juez local para determinar si existen indicios suficientes que acrediten que alguien es miembro o no de la delincuencia organizada a efecto de decidir sobre el arraigo cuando este, en principio, se debe dar en relación con alguno de los delitos federales, entre ellos la delincuencia organizada?, ¿este tipo de declaraciones no le corresponderían a un juez federal?, ¿de qué forma el juez local estima los indicios?

Por otra parte, el artículo 8o. de la misma Ley establece que el Ministerio Público deberá mantener en reserva la identidad de las víctimas y de las personas que declaren con el carácter de testigos, cuando hagan imputaciones directas en contra de miembros de la delincuencia organizada. De lo anterior se desprende que se pueden hacer imputaciones directas en contra de personas que, al parecer, pertenecen a la delincuencia organizada en procesos seguidos ante jueces del Distrito Federal.

Por otra parte, en el artículo 23 se dice que el miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma —supongo que con “la misma” se refiere a la delincuencia organizada— podrá recibir una serie de beneficios. El problema que esto presenta se puede enunciar con la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que en un proceso de carácter local, que no está hecho para conocer de delincuencia organizada, se puedan utilizar elementos propios de aquella? Podría poner algunos otros ejemplos, pero considero que con lo ya señalado basta para sustentar la hipótesis que ya presenté: el combate a la delincuencia organizada ha servido como pretexto para que se comiencen a generalizar preocupantes competencias, ya que la legislación local permite que los jueces, también locales, conozcan de los procesos que tienen que ver con la delincuencia organizada cuando, en principio, no deberían hacerlo. La misma observación podría hacerse respecto de otras leyes locales contra la delincuencia organizada, como la de Baja California, Morelos y Jalisco, entre otras, puesto que su contenido es prácticamente igual a la del Distrito Federal, situación que resulta muy preocupante.

Adicionalmente, solo me resta señalar que recientemente se han presentado casos ante la Suprema Corte de Justicia en los que se ha cuestionado la constitucionalidad de las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia de delincuencia organizada. Esto significa que, en alguna medida, el sistema de control constitucional —no necesariamente el sistema de competencial federal— está funcionando y está permitiendo que las personas que han sido procesadas por delincuencia organizada cuestionen la competencia de los órganos legislativos para establecer que los jueces locales pueden conocer de las conductas relacionadas con la delincuencia organizada.

Pudiendo señalar otros muchos ejemplos, me enfocaré en uno más que me parece particularmente complicado. Me refiero al proceso de extinción de dominio. Si bien es cierto que la extinción se encuentra prevista constitucionalmente, también lo es que existen dudas, desde el punto de vista constitucional, respecto de su aplicabilidad a todos los delitos o, exclusivamente, a las conductas que tienen que ver con delincuencia organizada.

Además, también se han presentado algunos casos delicados, en los que se plantea si la forma en la que se realiza la extinción del dominio es constitucionalmente válida o no. En este contexto, es importante tomar en cuenta que una vez que se tienen los indicios necesarios, se puede llevar a cabo la extinción y los bienes se rematan. En la Ley federal existe la posibilidad de resarcir el equivalente patrimonial del bien tasado en dinero; pero en la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal se presenta una situación mucho más complicada: la enorme dificultad, si no es que la imposibilidad, de llegar al resarcimiento en términos económicos cuando el bien ha sido rematado.

Ante el gran problema de la delincuencia organizada, que es central sin lugar a dudas, la apertura de esta segunda categoría empieza a “contaminar” —permítaseme la expresión— un conjunto de materias, competencias y jurisdicciones que en principio no estaban diseñadas a lidiar con él. En estas condiciones, ¿cuál es la enorme dificultad? Que, como sabemos todos, tenemos un gran rezago en el acceso a la justicia. Pocos pueden recurrir al amparo debido a que es un medio de impugnación muy caro y complicado técnicamente. Entonces, es preciso ir identificando estos avances “silenciosos” de los estados de excepción en nuestro sistema penal. El calificativo de “silenciosos” se utiliza porque no todos son evidentes, como la constitucionalización del arraigo después de haber sido declarado inconstitucional.

En conclusión, recientemente se han observado distintas medidas que se pueden calificar de “preocupantes” en términos de la racionalidad del delito de delincuencia organizada. No quiero minimizar el tema o tratarlo

con ingenuidad debido a que es un problema muy complejo, pero en mi opinión estrictamente personal no estamos escogiendo los mejores instrumentos, prácticas y categorías para enfrentar este tipo de cuestiones.

Se podrían citar infinidad de ejemplos para sustentar lo que he señalado, pero a mi parecer ha sido suficiente para demostrar por qué me he ido convenciendo de que desafortunadamente el estado de excepción ha ido permeando en la operación cotidiana de los tribunales, de los ministerios públicos y de las autoridades policiacas. Lo anterior resulta de gran relevancia en la complicada situación que está viviendo el país, debido a que el avance del estado de excepción puede extenderse todavía más y generarnos muchos malestares en términos de la utilización de una herramienta social tan poderosa como lo es el derecho penal.