

¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana

Jorge Rivero Evia*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunos paradigmas de la justicia penal*. III. *Rasgos del Derecho penal del enemigo en la Carta Magna mexicana*. *Conclusión*. *Referencias*.

I. Introducción

La Cámara de Diputados aprobó el pasado veintiséis de febrero de dos mil ocho las reformas constitucionales con las que se variará radicalmente el sistema judicial penal del país.

Tras el retiro de dos polémicos puntos¹ aprobados en la iniciativa enviada por los senadores, los diputados federales dieron finalmente su aval, entre otras cosas, al establecimiento de juicios orales, los jueces de control, el impulso de un nuevo sistema penitenciario, el fortalecimiento de los defensores de oficio y el establecimiento de alternativas a la solución de conflictos.

Asimismo, el pleno senatorial aprobó la reforma constitucional, denominada *en materia de seguridad pública y justicia penal*, y el seis de marzo de dos mil ocho se remitió el documento relativo a las legislaturas de los estados para su discusión.

* Secretario del Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa del Decimocuarto Circuito.

¹ Que establecían la posibilidad de que las policías allanaran domicilios sin orden judicial. También se eliminó la facultad para que el procurador general de la República pueda acceder

Finalmente, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, tales reformas y adiciones se han materializado, ocasionando en el foro nacional múltiples voces, tanto a favor como en contra, haciendo patente la preocupación por los menesteres de seguridad pública en el país.

Sin embargo, tal debate ciertamente no es del todo nuevo. Ya desde hace varios años, se ha venido discutiendo la necesidad de emprender la difícil y tortuosa tarea de reformar el sistema de justicia penal. Creemos (Carbonell y Ochoa Reza, 2007) que tal reforma es urgente e indispensable y que debe ser tan amplia y comprensiva como sea posible.

En un momento histórico en el cual no existe una política criminal en nuestro país que se encuentre claramente definida y en el que el sistema penal se devanea entre teorías —incluso constitucionalmente adoptadas— finalistas y causalistas, a lo que se aúna (García García, 2005) la falsa creencia de que el endurecimiento de la respuesta punitiva estatal servirá para la disminución de los índices delincuenciales, la labor legislativa ha dado a luz una reforma que presenta matices, como se verá a continuación, de una clara tendencia hacia un Derecho penal del enemigo, incongruente con la propuesta misma que presume de ser garantista.

El problema real lo constituye la reivindicación de seguridad, un problema que parece ser especialmente policial, y que sin embargo se le atribuye, sobre todo al Poder Judicial. En ese tenor se encuentra la estructura del producto legislativo que se analiza, pues echa todo (dada la reforma estructural propuesta) sobre los hombros de los órganos impartidores de justicia, respondiendo, quizás, al clamor social, pues la víctima —por lo general— le reclama a dicho poder que no se haya castigado al victimario, y que no marque suficientemente la diferencia entre quien ha desafiado al derecho y quien reclama su protección (Robert, 2003).

A su vez, la posición del imputado dentro del proceso penal ha sido desde sus orígenes, motivo de controversia. El dilema del *ius puniendi versus ius libertatis* ha estado presente a lo largo de la historia de la evolución de las ideas penales y no ha sido resuelto de igual manera. Tenemos planteamientos (Blanco, 2004) que van desde la sobrevaloración, por ejemplo, de la prueba confesional que legitimaba incluso a la práctica de la tortura como

directamente a documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil y electoral reservada o confidencial en casos de delincuencia organizada.

un instrumento profesional válido para obtenerla, hasta el reconocimiento de un estado de inocencia garantizado por cada una de las etapas procesales así como por una gama de principios que tutelan los derechos del acusado.

A pesar de ello, los ciudadanos alarmados por el constante incremento de las actividades criminales reclaman un cambio hacia una postura más represiva y dura del sistema penal. La mejor forma de combatir los abusos y la represión en materia penal continúa siendo la de limitarlos mediante la protección de los derechos inalienables de los seres humanos. Los poderes probatorios no deben conducirnos al autoritarismo. El buen criterio judicial, al resolver sobre la responsabilidad penal de una persona, se debe apoyar en el respeto por parte de las autoridades a la dignidad e integridad de la persona humana.

Todo lo anterior se destaca ya como un problema de seguridad nacional (Salazar, 2008); es conveniente destacar que cuando un asunto se vuelve parte de la agenda de seguridad nacional de un país significa que el Estado fracasó al respecto y los intentos previos por solucionar esos problemas en otros ámbitos no funcionaron. Desde esta perspectiva, el Estado se encuentra dispuesto a utilizar mecanismos excepcionales para lograr una solución efectiva, mediante la promoción de actividades abiertamente antidemocráticas (verbigracia: los arraigos); este tipo de acciones resultan por demás arriesgadas porque atentan contra el ideal del Estado de derecho en una democracia en transición como la nuestra.

La idea basal de la reforma impacta directamente en la institución judicial, pues se pretende transformar al proceso, tachando al vigente de inquisitorio, en uno de índole acusatorio; empero, no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno *es no procesal*, el inquisitivo y otro *es procesal*, el acusatorio. El sistema inquisitivo respondió a un momento histórico —muy distante al que vivimos en México en la actualidad—, en el que los tribunales imponían las penas, pero no por medio del proceso. Por decirlo en una frase de Montero Aroca (1997: 28): *el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser un verdadero proceso*.

Así, el presente trabajo no pretende abordar el ya tan trillado tema de la oralidad *versus* la escritura en el sistema de enjuiciamiento penal nacional,

puesto que al fin y al cabo, lo importante es que exista un proceso en donde se respeten las garantías mínimas de los seres humanos, con independencia de su forma; el presente estudio presenta la marcada —y preocupante— tendencia del legislador mexicano hacia un Derecho penal (procesal) máximo, es decir, hacia un paradigma de justicia criminal en donde al individuo al que se le imputan determinadas conductas típicas se le disminuyen derechos, por considerarlo no un ciudadano, sino un enemigo.

II. Algunos paradigmas de la justicia penal

Sin control social la existencia no sería posible, ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social. Dentro del amplio campo del control social el Derecho penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa (Hassemer y Muñoz Conde, 1989).

Por otra parte, el concepto de *ideología* aparece estrechamente relacionado con aquellos otros del poder y del control social.

Por “ideología”, recuerda Abbagnano (Malo, 2003), se entiende todo aquel conjunto de creencias o sistema de ideas que siendo útiles son adoptadas para el control de los comportamientos colectivos, independientemente del contenido de la validez objetiva de sus afirmaciones. Es decir, son los argumentos utilizados por el poder establecido (Estado) para la consecución de sus objetivos, en la inteligencia de que pueden responder a afirmaciones ciertas o bien aprovechar de ellas sólo los aspectos más utilizables y manejables para la consecución de sus objetivos; incluso, pueden llegar a manejar contenidos oscuros o hasta imaginarios.

Todos los países del orbe cuentan con una (o varias) ideologías. Empero, si cada cabeza es un mundo, nos encontramos, pues, ante la problemática del relativismo cultural, es decir, que lo que es bueno y aceptado por un grupo social, puede ser reprobado por otro. De ahí que en los meneste-

res de la formulación de un modelo *tipo* de Derecho penal, acorde con los tiempos modernos, es preciso acotar ciertos principios fundamentales que deben ser respetados por todo Estado que se precie de ser un Estado (social y democrático) de Derecho.

Dentro de esa actividad, se abordarán a continuación el denominado *Derecho penal del enemigo*, el *Derecho penal del ciudadano*, dentro del cual se incrusta la teoría del garantismo penal, finalizando con el *realismo jurídico-penal marginal*, que consideramos son las ideologías que despiertan un mayor interés en la actualidad.

A. El Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo, según su más destacado defensor en el presente —Günther Jakobs—, se caracteriza por tres elementos (Jakobs y Cancio Meliá, 2006):

- a) se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad; el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido;
- b) las penas previstas son desproporcionadamente altas; y
- c) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso, suprimidas.

En relación con esta ideología, Jakobs (Bustos Ramírez y Hormazábal, 2006) señala que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera que éste exteriorice su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad. Es decir, ya no es el hecho perseguido, sino la persona por su peligrosidad.

El delincuente se convierte en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano. Por esa razón, en unas ocasiones se le limitan y en otras se le suprimen sus garantías procesales, ante la *infidelidad al derecho* que protagonizó al violar la norma penal:

[...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas[...] (Jakobs y Cancio Meliá, 2006: 47).

Sin embargo, esas ideas no son nuevas, y se encuentran teñidas por el iuspositivismo naturalista del siglo XIX, que distinguía entre los *culpables* y los *peligrosos*, y estos últimos carecían del carácter de personas.

El discurso de Jakobs ha pasado de una mera descripción a un programa político-criminal:

[...] Influenciado —quizás con justa razón—, por los ataques terroristas del once de septiembre de dos mil uno en Nueva York, del once de marzo de dos mil cuatro en Madrid y de siete de julio de dos mil cinco en Londres; empero, abarca no sólo el combate al terrorismo, sino además de una confrontación a las conductas realizadas por la delincuencia organizada, pretende orientar todo el sistema penal, al hablar de unas “leyes de lucha”, con las cuales se combaten individuos que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica), relativa a drogas y otras modalidades de criminalidad organizada o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero en todo caso, con cierta seriedad, del derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en derecho [...] (Ambos, 2007: 83)

Esta ideología es denominada como la *alternativa irracional*, por autores de la talla de Juan Bustos Ramírez, ha sido severamente criticada por Kai Ambos; sin embargo, Jesús María Silva-Sánchez (2001) la ha acogido dentro de su teoría de las *tres velocidades del Derecho penal*.

B. El Derecho penal del ciudadano

Al Derecho penal del enemigo se opone un *Derecho penal para todos los seres humanos*; esto es, una concepción humanitaria del Derecho penal que parta del individuo (o ciudadano, sin que esta categoría se pueda perder en razón de la mala conducta o de su *infidelidad al Derecho* —como sostiene Jakobs—) y su inalienable dignidad humana (Ambos, 2007: n. 18 p. 124) lo cual colmuga con el preámbulo de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre el Procedimiento Penal*, en donde se afirma que los derechos fundamentales que por respeto a la dignidad del hombre han sido proclamados en la *Declaración de los Derechos Humanos* y otros convenios y pactos internaciona-

les, requieren para la realización efectiva de su formulación, reglas más concretas para el procedimiento penal. Reglas que deben ser establecidas con sumo cuidado, pues el ciudadano tiene que ser protegido por y contra el Derecho penal.

Si hacer política significa entre varias alternativas elegir una para la solución de un problema, en un Estado social y democrático de Derecho, no cualquier alternativa es válida. Y si esa política es una política criminal en la medida en que la opción elegida afecta gravemente a la persona, los límites se acentúan de modo considerable. Estamos hablando de límites que surgen de la ética (el fin no justifica los medios), de los derechos fundamentales (esto es, la visión histórica nacional de los derechos humanos) y los principios que dieron nacimiento al Estado moderno: libertad, igualdad y solidaridad (Bustos Ramírez y Hormazábal, 2006).

Esta ideología, denominada *democrática* justifica al Derecho penal, basándose en los límites determinados por la Constitución de un país, de donde parte la teoría del *garantismo*.

Ni siquiera en el control social de la vida cotidiana se pretende la *efectividad* a toda costa en un entendimiento primitivo de lucha ilimitada contra la desviación como, sin embargo, a veces se propugna en la represión de determinadas formas de delincuencia. Una de las características más importantes de la civilización es precisamente la moderación y el trato correcto con el infractor y la infracción normativa, constituyendo incluso todo un programa político que da las bases de la razón de ser del Derecho penal (Hassmer y Muñoz Conde, 1989: 120).

Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado (Ambos, 2007: 77).

A ese sistema se le ha denominado *garantismo penal o Derecho penal mínimo*.

El Derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre

las partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal (Ferrajoli, 2000).

El sistema garantista está conformado por diez axiomas: A1. *Nulla poena sine crimine*; A2. *Nullum crimen sine lege*; A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4. *Nulla necessitas sine iniuria*; A5. *Nulla iniuria sine actione*; A6. *Nulla actio sine culpa*; A7. *Nulla culpa sine iudicio*; A8. *Nullum iudicium sine accusatione*; A9. *Nulla accusatio sine probatione*; A10. *Nulla probatio sine defensione*.

Los nombres de los axiomas aquí citados son los siguientes: 1. Principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2. Principio de *legalidad*; 3. Principio de *necesidad* o de economía del Derecho penal; 4. Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5. Principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6. Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7. Principio de la *jurisdiccionalidad*; 8. Principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9. Principio de la *carga de la prueba* o de verificación; y 10. Principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen, según el tratadista italiano, el modelo garantista de derecho o responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del Derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno Estado de Derecho.

C. El realismo jurídico-penal marginal

El planteamiento latinoamericano de una ideología propia (y no importada del continente europeo) lo encontramos en Eugenio Raúl Zaffaroni (2005). También se inspira —como debe hacerlo— en la ideología del respeto a los derechos humanos; sin embargo, toma distancia del garantismo, al cual tacha de imposible por utópico y no realizable en nuestro territorio:

[...] El discurso jurídico penal debe planificar las decisiones de las agencias judiciales, en forma que éstas traten de extender esos principios (tutela efectiva de la dignidad de la persona humana, sobre todo) hasta las máximas posibilidades de realización, que el poder decisorio de esas agencias lo permita y los “standards” de realización así obtenidos y en permanente ampliación inacabada, se conviertan en límites máximos a la irracionalidad tolerada (por falta de poder que pueda reducirla aun más) en el ejercicio del poder selectivo (criminalizante) y reactivo (deteriorante y condicionante) de los sistemas penales

Las garantías que la agencia judicial debe ofrecer —continúa el maestro de la Universidad Nacional de Buenos Aires—, son los máximos de realización, en el entendido que resulta absurdo sostener que los sistemas penales respetan el principio de legalidad, el de reserva, el de culpabilidad, el de humanidad, y sobre todo, el de igualdad, cuando sabemos que, estructuralmente, están armados para violarlos todos [...]. Por garantías penales se entiende el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de “violación mínima/realización máxima” de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal [...] (Zaffaroni, 2005: 242-243).

Tales garantías se agrupan en dos conjuntos de principios:

1. Principios para la limitación de la violencia por carencia de elementalísimos requisitos formales:

- a. De reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto. Conforme a este principio, se requerirá el respeto al máximo de legalidad de las penas y de todos sus presupuestos; entendiendo a la pena como un concepto obtenido por exclusión.
- b. De máxima taxatividad. A la luz de este principio, resultarían inconstitucionales los tipos sin límites ciertos; implica la proscripción de toda integración analógica e impone la interpretación restrictiva de la ley penal.
- c. De irretroactividad. Es una consecuencia del primero y de su función posibilitante abstracta del conocimiento previo de la prohibición y de la conminación.
- d. De subordinación máxima a la ley penal sustantiva. Implica desconocer las leyes, reglamentos, decretos u ordenanzas, que en el orden procesal ejecutivo o administrativo, introduzcan limitaciones de derechos que no sean la consecuencia necesaria e inevitable de la realización de lo dispuesto por las leyes penales. Se encuadran en este supuesto las penas introducidas por vía de prisión preventiva, de in-

habilitaciones por delitos no autorizadas o no impuestas en sede penal, etcétera.

- e. De representación popular. Las leyes penales sólo pueden ser producidas por las agencias legislativas constitucionales con representación popular. Las leyes penales “de hecho” o “de facto” sólo deben ser reconocidas en la medida en que benefician al criminalizado o candidato a la criminalización, siempre que este beneficio no haya sido resultado de un cálculo de los usurpadores del poder legítimo para beneficiarse o beneficiar a sus circunstanciales aliados.

2. Principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos:

- a) De limitación máxima de la respuesta contingente. Sólo puede ser un indicador rector para la agencia judicial. Cuando una reforma represiva se introduzca sin suficiente y amplio debate público y participativo, sin consulta a técnicos responsables, respondiendo demagógicamente a reclamos de las agencias de publicidad del sistema penal o de grupos interesados que sorprenden la ingenuidad de las agencias legislativas, es función de las agencias judiciales extremar el celo en el análisis crítico del texto y agotar el uso de los restantes principios para declarar la inconstitucionalidad de la misma. La agencia judicial debe velar por la *supremacía constitucional*, que exige una ética republicana a las agencias legislativas.
- b) De lesividad. La irracionalidad de la acción represiva del sistema penal no puede llegar al límite en que se pretenda imponer una pena sin que ello presuponga un conflicto en que resulte afectado un bien jurídico. Este principio debe tener valor absoluto en las decisiones de la agencia judicial, porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de moralización subjetivizada y arbitraria del ejercicio de poder del sistema penal.
- c) De mínima proporcionalidad. Si bien la pena siempre es irracional, sobrepasa el límite de lo tolerable cuando el conflicto que opera como presupuesto es de lesividad ínfima o despreciable (principio de insignificancia) o, cuando no siéndolo, la pena prevista quiebra el límite de lo razonable de modo burdo, en cuanto a su proporción con la magnitud del conflicto o de la lesión.

- d) De respeto mínimo a la humanidad. Cuando a nivel de previsión abstracta o, en el caso concreto y por circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, implique una lesión gravísima para la persona en razón de su circunstancia o agregue un sufrimiento al que ya padeció el sujeto en razón del hecho; la agencia judicial, en función del principio republicano de gobierno, tiene que ejercer el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo de su mínimo legal, lo que es jurídicamente admisible, puesto que puede ser supralegal, pero intra-constitucional.
- e) De idoneidad relativa. Pese a que la intervención del sistema penal nunca resuelve los conflictos, salvo por azar, existe una incapacidad para ello que es general y estructural, en tanto que existe otra que también es absoluta y que ni siquiera admite mucha discusión, cuando resulta evidente que el legislador pretende descargarse de un conflicto en forma muy burda. La agencia judicial debe presionar a la agencia legislativa para que ésta no trate de desembarazarse de las conflictividades con aparentes soluciones que, en realidad, ocultan los conflictos. Nunca es muy serio pretender una solución punitiva, pero no es admisible caer directamente en el ridículo y admitir que la agencia judicial participe de él.
- f) De limitación de la lesividad a la víctima. La víctima de un delito ya resulta considerablemente afectada porque por regla general el sistema penal no se inmuta; cuando interviene, no es mucho menor la afectación, como consecuencia de la expropiación del conflicto, siendo inadmisibles que la agencia judicial, además de estas afectaciones, tolere que la irracionalidad del sistema penal llegue al límite de intervenir cuando, en concreto, esta intervención le acarrea aún mayores perjuicios. Puede que la ley no lo establezca, pero los principios elementales del respeto a la dignidad humana colocan un límite a la utilización —y consiguiente cosificación— de la persona humana: se usa al criminalizado para ejercer un poder verticalizante; para lo mismo se usa a la víctima mediante la expropiación (diríamos confiscación) de su derecho lesionado, resultando excesivo, pues, que también la agencia judicial tolere que se use aún más a la víctima

infligiéndole un dolor contra su voluntad con la intervención del poder del sistema penal.

- g) De trascendencia mínima de la intervención punitiva. Toda intervención del sistema penal trasciende la persona del criminalizado de modo estructural e inevitable. El criminalizado pertenece a un grupo que, por lo general, sufre las consecuencias de la criminalización. Nadie puede evitar esta trascendencia, sino mediante la supresión de la pena. No obstante, la sanción puede extremarse por circunstancias particulares o el legislador puede prever penas que trasciendan de modo innecesario. En ambos casos, la agencia judicial debe ejercer su poder en forma que éste no exceda la trascendencia corriente, que es el máximo de violencia irracional que puede admitirse en este sentido.

III. Rasgos del Derecho penal del enemigo en la Carta Magna mexicana

A continuación, abordaremos algunos de los trazos de las recientes reformas a la Constitución que nos hacen pensar en la tendencia hacia un Derecho penal del enemigo.

A. *Los arraigos*

Entre las innovaciones que presenta el decreto de reforma, damos cuenta de dos nuevos párrafos que se han agregado al artículo 16 para constitucionalizar el arraigo, en sentido de dar competencia a la autoridad judicial (juez de control), para decretar el arraigo de una persona a solicitud de la fiscalía, por un plazo no mayor a 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 inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Dicho 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.

Dicha medida cautelar será exclusivamente en tratándose de delincuencia organizada y por la cual, la Constitución entiende a 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.

Al respecto, conviene señalar que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta.

Al afirmar esto, no se ignora que la referencia a la seguridad se contiene ya nada menos que en el artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que es del siguiente tenor: "... El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión...".

Tal declaración ha sido acogida por la mayoría de los regímenes constitucionales en el mundo.

En tratándose de la experiencia mexicana, históricamente la Carta Magna (de corte liberal) ha contemplado en su articulado un cúmulo de derechos fundamentales que, desde luego, ponderan la libertad y, a su vez, la seguridad, prerrogativas esenciales del ser humano, que en ocasiones pueden parecer que se encuentran en pugna, contraponiéndose, pues, la libertad individual al interés público en la seguridad.

Como enuncia Jesús-María Silva Sánchez (2001:34) *hacen falta no sólo responsables sino también culpables* y debido a la búsqueda de esa cuota de culpabilidad, que es condición necesaria para la existencia de un delito y la imposición de la respectiva pena, es que ciertos ordenamientos procesales en todas partes del mundo contemplan figuras tendentes al aseguramiento cautelar de un individuo del cual se *sospecha* o *presume* su participación en la realización de un injusto penal. En México, también la normatividad procesal penal contiene dicha figura.

Empero, como contrapeso, pervive la presunción de inocencia que también algunos códigos consignan (en el caso de Yucatán, en el artículo 5 del Código Penal), que asimismo la Suprema Corte de Justicia ha indicado que se encuentra contenida de manera implícita en la Carta Magna² y que a su vez, el propio trabajo legislativo que ahora se revisa, instituye —ahora de manera expresa— en el apartado B, fracción I, del artículo 20.

La existencia de ambas cuestiones (aspiración de seguridad-presunción de inocencia), lleva a este plano a la histórica lucha entre un *Derecho penal*

² Tesis: P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002 p.14.

del enemigo, en donde el imputado pierde su calidad de persona, su objetivo final es el *aseguramiento* y operan la sospecha y la presunción de culpabilidad y un *Derecho penal del ciudadano*, en el cual opera un discurso totalmente contrario; a saber, el *garantismo* independientemente del hecho cometido, la dignidad humana como presupuesto esencial del delito y de la pena y la presunción de inocencia.

Sin embargo, la aspiración de seguridad por supuesto que no es ilegítima por sí misma, lo cuestionable es que se convierta en la idea rectora del Derecho penal, cuando éste, con su instrumental, difícilmente puede atender de modo razonable a tal requerimiento en que el mismo se formula y se torna difícil la ponderación entre el *aseguramiento* y el *garantismo*.

No podemos desconocer que el crimen organizado es una lacra que generalmente lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos que con nuestros ordenamientos legales intentamos proteger, por ser de unpreciado y primordial valor (Dagdug, 2006: 50).

En esas condiciones, vale la pena reflexionar a qué lado del puente nos debe llevar la política criminal, si hacia un *derecho penal del enemigo* o hacia un *derecho penal del ciudadano*, toda vez que desde distintos puntos de vista, ambas técnicas pueden ser racionalmente sustentadas, como consigna la abundante teoría producida al respecto.

Con vista en lo anterior, estimamos que la figura del arraigo sería únicamente necesaria en las cuestiones de delincuencia organizada, dado que la complejidad de la estructura organizacional de los grupos criminales, representa un óbice mayúsculo para la investigación de los delitos, lo que a su vez, genera impunidad, empero —como se ha dicho— no se justifica en relación con otros ilícitos, por graves que sean, ya que el artículo Décimo Primero transitorio, del decreto que contiene la reforma, legitima dicha medida cautelar, mientras el sistema acusatorio no entra en vigor (lo cual podrá acontecer de aquí hasta antes de ocho años) de la siguiente manera: a) sólo procederá en atención a delitos calificados como graves; b) el plazo máximo será de cuarenta días (sin posibilidad alguna de ampliación); y c) la medida será aplicable siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Con ello, prácticamente se derogan las disposiciones de los códigos procesales de las entidades federativas que contemplan de manera diferente

dicha medida cautelar. Así, el arraigo será —con base en una evidente inclinación hacia un *Derecho penal del enemigo*— una medida rectora de la política criminal mexicana para combatir no solamente a la delincuencia organizada, sino que se extiende, por un artículo transitorio constitucional, hasta los delitos graves, lo que acentúa la balanza hacia las llamadas *leyes de lucha*.

Dentro de lo poco rescatable es que esa disposición, aún queda sometida al control judicial, que es una medida que servirá para evitar los posibles abusos del Ministerio Público. Sin juez no hay sociedad (Robert, 2003: 199).

B. La restricción de comunicaciones

Especial consideración merece la nueva redacción de uno de los párrafos del artículo 18 que excluye a las personas sentenciadas por delitos relativos a la delincuencia organizada o que requieran medidas especiales de seguridad, del beneficio de purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, lo que se justifica, puesto que no todas las entidades federativas cuentan con centros penitenciarios adecuados para brindar condiciones extremas de seguridad.

Por esa razón, el mismo numeral 18 contempla que para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior también podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley, cuestiones que en tratándose de sentenciados (con una declaratoria de culpabilidad) se pudiesen justificar.

Sin embargo, es incongruente que por un lado se enaltezca la presunción de inocencia y, por otro, a ciertas personas, clasificadas por criterios de imputación meramente procesal (a quienes se les atribuyan delitos relacionados con organizaciones criminales) o simplemente subjetivos (los que *necesiten medidas especiales*), sin que exista una sentencia que desvirtúe dicha presunción, ya sea tratado de manera distinta a los restantes individuos.

Es decir, esa medida no debe ser aplicada a procesados, pues debe prevalecer siempre la presunción de inocencia, incluso con todos los riesgos que

ésta conlleva. De lo contrario, estaríamos frente a un Derecho penal (procesal) del enemigo, que estigmatiza y etiqueta *a priori* a ciudadanos, ocasionándoles profundos agravios que nunca se repararán, ni con el dictado de una sentencia absolutoria.

En un sistema autoritario, el poder público persigue la erradicación de todo aquello que se oponga a la voluntad del gobierno de los que dirigen políticamente a la comunidad. Y la criminalidad es, precisamente, una de las formas más graves de rebeldía a las reglas incontestables impuestas por el propio poder absoluto. Ante este obstáculo que frena el destino colectivo, se impone como una necesidad una política *fuerte* de lucha contra el delincuente (Borja, 2003: 97). Y esto es lo que se percibe del análisis global de la reforma estudiada.

Mención aparte amerita la especial preocupación por el respeto al ejercicio de los derechos de intimidad (en la medida de lo posible) tanto de los sujetos a prisión preventiva, como de los reos, en específico, al derecho a la visita conyugal.

En efecto, la norma constitucional destacada en líneas antecedentes pudiera interpretarse en el sentido de que aquellos individuos (procesados y sentenciados con motivo de ilícitos referentes a la delincuencia organizada u otros que así lo requieran) carecerán de una elemental expresión de la intimidad, pues no se puede negar que el contacto físico que existe en la visita conyugal, es desde luego, una especie de comunicación.

C. *Los cateos*

Se incluía en el artículo 16 la facultad de las organizaciones policíacas para ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado.

Si bien es cierto que ese párrafo fue suprimido del paquete de reformas, es un indicio de la tendencia que el constituyente permanente ha acogido, y por ello se analizará a continuación.

Se pretendía que dicha atribución quedara excluida del control judicial, pues solamente se informaría de inmediato a la autoridad competente, sin especificar cuál era ésta; o sea, se quería incluir la facultad de entrar primero

al domicilio con el pretexto de una amenaza o de flagrancia y luego de rendir un informe (con esa ligereza). Tal disposición atentaba contra el espíritu de un Estado que se precia de ser democrático, y no es más que el reflejo de la vorágine de la cúpula de poder por mantener un control total sobre los ciudadanos, digno de un Estado fascista.

Cierto es, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³ razonó que:

Tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado —como garante de los bienes de la sociedad— debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial.

Como se observa y, contrariamente a lo aducido en la exposición de motivos, la jurisprudencia no se encuentra validando la intromisión al domicilio sin orden de autoridad judicial, sino que hace referencia al valor que, en su caso, pudiese llegar a tener el cúmulo probatorio obtenido con motivo de esa irrupción de la autoridad policial, siempre supeditado al control judicial, acotando que:⁴

Tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

³ Tesis 1a./J. 21/2007, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 224.

⁴ *Ibidem*.

Dilucidado lo anterior, de haberse aprobado esa reforma, se estaría constitucionalizando una franca violación de la privacidad de los hogares y otros sitios de carácter privado.

Entre nosotros, es Sergio García Ramírez (1993: 93) quien acoge esta doctrina, al referir que:

[...] El domicilio se halla a salvo de la acción de autoridades o terceros particulares. Es un «sagrario inviolable». Empero, esta expresión del derecho a la intimidad, reconoce limitaciones entre las que figuran los cateos y las visitas domiciliarias. La propia Constitución, que establece el derecho público subjetivo —implícita, la impenetrabilidad del domicilio por particulares, que luego será fuente para el tipo penal de allanamiento de morada, así como para el de despojo, en alguna medida— fija esas hipótesis de excepción [...].

Como se observa, la protección al domicilio no tiene, al igual que ningún otro derecho fundamental, ni carácter absoluto ni ilimitado y las excepciones vigentes a esa prerrogativa esencial, la constituyen los cateos y las visitas domiciliarias.

No olvidemos que la lucha por los derechos fundamentales (en el caso, la intimidad, representada en la inviolabilidad del domicilio) ha sido desde antaño, y los primeros reconocimientos de tales prerrogativas fueron prácticamente arrancados de los soberanos absolutos.

D. Las facultades de investigación de los cuerpos policiacos

Lo anterior nos lleva a destacar también que el artículo 21 le confiere a las policías, bajo la supervisión del Ministerio Público, la facultad de investigar los delitos; a su vez, el mismo numeral establece las bases de la seguridad pública nacional, creando un perfil de ingreso de los nuevos policías que requiere México.

Nuestra realidad es la siguiente: en nuestro país existen 2,438 municipios, repartidos en los 31 estados de la República y, por ende, cada uno de ellos cuenta con una corporación policiaca. A ello habrá que sumar a la policía del Distrito Federal,⁵ los cuerpos de policía de cada entidad federativa, y desde luego, las fuerzas de la policía federal.

⁵ Fuente: Investigación propia.

Los requisitos para ser policía en la Nación⁶ —excluyendo a las corporaciones federales— dependen de cada Estado de la República o municipio, empero, tienden en general, a lo siguiente:

1. Ser mexicano(a) por nacimiento;
2. Tener 1.65 cm. de estatura mínima,⁷
3. Tener de 18 a 35 años de edad;
4. Presentar cartilla militar liberada,⁸ carta de no antecedentes penales;
5. Contar con secundaria terminada;
6. Presentar y aprobar exámenes físicos, médicos, psicológicos, socioeconómicos, etc;
7. Tener mínimo de tiempo radicando en la localidad (entre seis meses y un año) y,
8. Acreditar el curso para la capacitación propia al trabajo.

Pues bien, en primer orden, un auténtico factor de impunidad lo constituye el que cada municipio tenga su propia policía; ejemplos abundan sobre todo en el Norte del país, en donde se presentan corruptelas todos los días.

Aparentemente se quiere crear un perfil distinto del policía, empero, ¿qué vamos a hacer con los actuales miembros de esas corporaciones, que a la fecha no se encuentran preparados para los menesteres de la investigación criminal?

Y se insiste, la dependencia de estos órganos al poder ejecutivo (sea federal, estatal o municipal) convertirá a esas instituciones en auténticos brazos represores de la clase gobernante.

Por ello, es menester puntualizar que el Estado deberá invertir en la creación inmediata de institutos de enseñanza técnica-judicial, en donde se impartan cátedras de Derechos fundamentales, Derecho constitucional, Derecho penal y procesal penal, técnicas de investigación criminal, Criminología, Victimología, Política criminal, a fin de capacitar a los futuros investigadores, pues no basta un simple curso otorgado en una academia de policía, sino una auténtica carrera técnico-universitaria.

⁶ Fuente: Investigación propia.

⁷ Estatura que varía en las mujeres.

⁸ En el caso de las mujeres este requisito se omite.

El sector privado deberá colaborar también, a través de las universidades particulares.

Es necesario destacar tales puntos sin soslayarlos, ya que la policía es una de las instituciones que más expresa la doble cara del control social: control y garantías. Por un lado, cumple funciones de protección social a la ciudadanía, pero por otro, es el principal modo de expresión de la autoridad. Por ello, es un organismo especialmente sensible al sesgo político de los gobernantes de turno (Zúñiga, 2001).

Y es que la policía suele ser el primer contacto del ciudadano con el control social. De ahí también que en la realidad, los excesos del control social se perpetren muchas veces por el cuerpo policial.

En tal virtud, un servicio policial que tenga un auténtico talante democrático debe cumplir con los siguientes objetivos:

- ♦ La policía debe reconocer que es parte integrante del sistema penal, lo cual supone: a) la existencia de una filosofía general mínima (objetivos comunes); b) la cooperación efectiva entre policías y demás miembros de dicho sistema, respecto del tratamiento de la delincuencia.
- ♦ La policía debe estar al servicio de la comunidad (no solamente como un *slogan* publicitario, sino que efectivamente no sea servil del poder político), siendo su razón de ser, la de garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la ley le reconoce.
- ♦ La policía debe ser, en sus estructuras, un servicio democrático. Lo cual lleva consigo: a) la desmilitarización del servicio; b) total respeto a los derechos fundamentales; c) la adopción y rigurosa aplicación de un código de ética policial; d) la participación de todos los miembros del servicio y del conjunto de la población en la elaboración de políticas policiales; y e) la aceptación de rendir periódicamente cuenta de sus actividades.
- ♦ La policía debe ser un servicio profesional. Son criterios necesarios para un verdadero profesionalismo: a) la limitación de la acción de la policía a funciones específicas; b) la aceptación de profesionales civiles; c) la creación y puesta en marcha de una carrera (como ya hemos destacado); d) acordar la prioridad en las promociones de la compe-

tencia en la atribución, a favorecer la antigüedad en el escalafón; e) la existencia de un código de ética profesional.

- ♦ La policía debe reconocer la necesidad de planificación, coordinación y evaluación de sus actividades, así como de la investigación y ponerlas en práctica.

E. La reserva de la identidad del acusador y de la víctima

En la fracción III del artículo 20, apartado B, se indica que tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. Ello coarta los principios de defensa y contradicción. ¿Cómo defenderse si no se cuenta con esa información?

No puede soslayarse que quien acusa, lo hace como testigo de los hechos; como se observa, ya no figura como derecho del imputado, el de sostener careos con quien le esgrime cargos y el nuevo paradigma constitucional no compensa esa limitación con alguna otra prerrogativa probatoria; antes bien, se le priva al sujeto de enjuiciamiento de algo que históricamente conformó parte de su patrimonio jurídico defensivo: el derecho a los careos constitucionales; es decir, no existe una compensación de situaciones procesales.

Ello constituye un armamento o blindaje de la prueba testimonial contra el procesado que socava el principio fundamental del debido proceso legal, el cual tiene su origen desde 1215, en forma incipiente, en la *Magna Charta* de Juan sin Tierra.

En la actualidad, y en este sentido, puede leerse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, que dice: "... toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial ... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal..." (artículo 10); y también que "... toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..." (artículo 11.1).

El derecho de defensa, en general, y el derecho a ser informado de la acusación, en particular, supone que el acusado tiene que tener conocimiento de todo lo que puede influir en la decisión judicial, tanto se trate de materiales

de hecho como de derecho. Es decir, existe el derecho fundamental de conocer todo aquello que pudiese repercutir en el fallo final, y obvio es que la identidad del acusador es primordial para la plena efectividad de ese derecho, como lo es, la de la víctima a quien se concede la prerrogativa contenida en la fracción V, apartado C, del artículo 20, al contemplar también el 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*.

Es paradójico que la Constitución, en el discurso, pretenda asegurar los derechos de defensa. Ello es imposible si se desconoce la identidad del titular del bien jurídico tutelado o de quien esgrime cargos, como mínimo, de lo contrario se coloca al acusado —amparado por el principio de presunción de inocencia que el propio ordenamiento contempla en la fracción I del apartado B, artículo 20— en situación de indefensión. En efecto, la presunción de inocencia a favor del inculcado lleva consigo como cara inversa una especie de presunción de que el supuesto ofendido ha hecho una falsa imputación.

Con ello, queda a un lado —como otra paradoja— el esclarecimiento de los hechos, al que alude uno de los principios contenidos en el Artículo 20, Apartado A), fracción I, y menos aún, la protección del inocente; antes bien, se sitúa en un primer plano el aporte del supuesto ofendido, merecedor de protección, por encima de la tutela del imputado.

Las extraordinarias competencias que la ley (en este caso, la Constitución), componentes de una estrategia de lucha en materias de delincuencia organizada y de otros delitos considerados como graves, como la violación, dará lugar a que los poderes de algunos jueces se acrecienten frente a sus congéneres, cuestión nada saludable para la administración de justicia en general. Lo anterior nos lleva a concluir que además, se estaría vulnerando otro de los principios rectores del proceso penal, consistente en la *garantía del juez ordinario*.

F. El principio de oportunidad

El artículo 21 contiene el denominado “principio de oportunidad”, que es una facultad conferida al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Este pretendido principio lo que supone exactamente es reconocer al titular de la acción penal la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado.

Cuando se habla del “titular de la acción penal” se está haciendo referencia al Ministerio Público, con lo que la oportunidad lo es sólo para el órgano incardinado o en la órbita del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público.

Antes de seguir conviene dejar claro que cuando un sector de la doctrina y de la práctica, y algunos grupos políticos hablan de la oportunidad no están pretendiendo aumentar las facultades de las partes acusadoras privadas. Es decir, no está pidiéndose el aumento del número de *delitos privados* ni de los *semiprivados*, conocidos entre nosotros como de *querrela*, ni que se dé más campo de actuación al perdón del ofendido.

La oportunidad *no se refiere a los particulares* y a su poder de disposición del proceso penal, que en diverso párrafo se contempla en el artículo 21, al establecerse la posibilidad de que el ciudadano actúe directamente ante el juez, prescindiendo del Ministerio Público,⁹ sino que, por el contrario, la oportunidad pretendida lleva a auspiciar la supresión y la limitación de la acusación en manos de los gobernados.

Este llamado principio de oportunidad no atiende a aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales, ni en la persecución de los delitos, ni en la determinación de la pena, ni en su ejecución. Se pretende todo lo contrario, limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo al Ministerio Público (Zúñiga, 2001).

En el sentido en que se auspicia la oportunidad, lo que presupone es conceder amplias facultades al Ministerio Público para decidir: 1) sobre el ejercicio de la acción penal, es decir, para no ejercitarla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar bien el procedimiento preliminar bien el juicio oral, y ello a pesar de constar la existencia de un hecho aparentemente delictivo, y 2) sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta aquel momento se desprendiera.

⁹ (Segundo párrafo): “... El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial...”.

Estimamos que lo que realmente se pretende con la introducción de este principio (de oportunidad) es desplazar el poder de los titulares de la jurisdicción por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como son los jueces y magistrados, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio Público, acentuando de nueva cuenta un rasgo del *Derecho penal del enemigo*.

[...] Así, en el procedimiento previo al juicio oral ha aumentado enormemente la posición del Ministerio Fiscal mediante una extensa aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de las faltas, mediante la posibilidad de llegar a un sobreseimiento del proceso cumpliendo ciertas obligaciones y mediante la supresión de la instrucción judicial [...] (Schüneman, 2005: 12).

Atribuir al Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos y delincuentes, supone admitir que este último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tenía reconocidas.

El sometimiento del ejercicio de la acción penal al principio de oportunidad, plantea no pocos problemas.

Según Borja (2003: 102):

[...] En EE.UU. se han manifestado las deficiencias ante el poder político, ante el poder económico, y, sobre todo, ante los variables y no siempre legítimos intereses de los medios de comunicación. Ello ha determinado una aplicación desigual de la ley penal, atendiendo a la condición de los individuos que perpetran las correspondientes infracciones objeto de enjuiciamiento. Y esto condiciona que las víctimas más indefensas queden en muchos casos sin tutela judicial efectiva [...].

Para evitar todos estos problemas que se presentan, se dice que lo más sano es que el principio de oportunidad quede debidamente limitado por la ley secundaria.

Así, entendemos que en los supuestos de pequeña y mediana criminalidad, pudiera tener alguna eficacia el principio de referencia, empero debe existir la posibilidad del control judicial de la indicada medida, para evitar los abusos de la administración (Borja, 2001: 103):

[...] La mitad de los casos en Alemania, por ejemplo, se resuelven por medio de la institución de la diversión,¹⁰ que aun cuando no se pueda equiparar exactamente con el principio de oportunidad, se encuentra íntimamente relacionada con éste. En todo caso, el establecimiento de dicho principio de oportunidad para ciertos casos debe estar nitidamente reglado (es decir, determinado legalmente los supuestos en que el poder público puede renunciar al ejercicio de la acción penal) y con cierto control judicial [...].

Conclusión

Necesitamos de un Derecho penal y procesal penal para todos los seres humanos, en donde se respete la presunción de inocencia por igual a todos imputados, independientemente del tipo del delito que se les atribuya.

La Constitución, con las reformas comentadas, establece regímenes diferentes, en relación con los hechos materia de la imputación, etiquetando *a priori* a los ciudadanos, disminuyendo su capacidad de defensa y sometiendo a ciertos individuos a rigores procesales de mayor presión en el ámbito de su libertad, en tanto que por otro lado, acentúa una presunción de inocencia que al parecer no es aplicable a todos los sujetos.

Así, se establece un régimen (con limitación de derechos fundamentales) a fin de investigar y juzgar a quienes se les imputan delitos relativos a la delincuencia organizada, violación y secuestro, entre otros; en tanto que aparece otro (significativamente más benévolo), para aquellos a los que se les atribuyen otro tipo de conductas de menor significancia social.

Los anteriores son rasgos del Derecho penal del enemigo, que denotan lo que ya antes ha aseverado Bernd Schünemann: *La marcha triunfal del proceso americano en el mundo*.

La influencia del vecino país del norte ha sido constatada por autores como Diez-Ripollés (2008) primordialmente por cuanto a que Estados Unidos constituye un factor de presión de primer orden en los países latinoamericanos, ya que promueve decisiones legislativas que tutelan sus propios

¹⁰ Bajo el término de “diversión” se agrupan en la actualidad diferentes tendencias y estrategias de política-criminal orientadas fundamentalmente a prescindir de la continuación de la persecución penal iniciada después de que una infracción penal ha sido oficialmente constatada. Se trata de acometer el control social de la criminalidad fuera de las instancias judiciales, de desviar determinadas formas de criminalidad de los procedimientos formales y efectuar un control social sobre ellas de modo más informal a través de programas alternativos.

intereses, aun cuando en bastantes ocasiones no están claros los beneficios para el país presionado. El foco de atención ya no se concentra exclusivamente en el narcotráfico, sino que se ha ampliado a sus intereses comerciales y de seguridad interior.

Asimismo, ante la disminución de derechos fundamentales en pro de menesteres de *seguridad nacional*, por un lado, y por otro, ante la constitucionalización del principio de oportunidad, no hay duda de que la opción por la que apostó el constituyente permanente es la representada por un proceso barato, es decir, aligerado de aquellos elementos que resultan encarecedores y que contribuyen asimismo a imprimir lentitud a su desarrollo. Por tanto, una de las intenciones del legislador fue la de generalizar los procesos sin juicio (que es lo más costoso, en dinero y tiempo), difundiendo el paradigma americano, como primera línea de actuación (Andrés, 2005).

Resulta una lástima que nuestra Constitución de corte histórico liberal haya dado un paso antidemocrático hacia el endurecimiento irracional de la justicia penal (con la tendencia hacia las *leyes de lucha, derecho penal máximo o derecho penal del enemigo*) y a la cosificación del proceso (con la inclusión del principio de oportunidad), con el único afán del legislador de alinearse a una tendencia mundial que cede ante las presiones del fenómeno de la globalización, impulsado principalmente por los Estados Unidos de Norteamérica.

Referencias

Bibliográficas

- Ambos, Kai (2007), *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, trad. de Madrid, Dykinson.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2005), “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Blanco Escandón (2004), Celia, *Derecho procesal penal. Enseñanza por casos*, México, Porrúa.
- Borja Jiménez (2003), Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malareé, Hernán (2006), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Madrid, Trotta.
- Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique (2007), “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LVII Número 248 julio-diciembre.
- Dagdug Kalife, Alfredo (2006), *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, Porrúa.
- Díez Ripollés, José Luis (2008), “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, “La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo”, *Una perspectiva comparada* (2000-2006), Buenos Aires, B de F.
- Ferrajoli, Luigi (2000), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Cuarta edición, Madrid, Trotta.
- García García, Guadalupe Leticia (2005), *Derecho ejecutivo penal. Análisis de la aplicación de la pena en México*, México, Porrúa.
- García Ramírez, Sergio (1993), *Proceso penal y derechos humanos*, México, Porrúa.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel (2006), *Derecho penal del enemigo*, Segunda edición, Navarra, Aranzadi.
- Malo Camacho, Gustavo (2003), *Derecho penal mexicano*, Quinta Edición, México.
- Montero Aroca, Juan (1997), *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2000), *Derecho penal. Parte general*, Cuarta Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Robert, Philippe (2003), *El ciudadano, el delito y el Estado*, Barcelona, Atelier.
- Salazar, Ana María (2008), *Seguridad Nacional Hoy. El reto de las democracias. El sexenio de Calderón ante los nuevos problemas*, México, Punto de Lectura.
- Sánchez García de Paz, María Isabel (1998), *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada, Comares.

- Schünemann, Bernd (2005), *¿Dónde va a parar el procedimiento penal alemán?* trad. Mariana Sacher. Material repartido en el Diplomado Internacional sobre Juicios Orales en Materia Penal, CEPOLCRIM.
- Silva-Sánchez, Jesús María (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Primera reimpresión, Madrid, Civitas, serie Cuadernos Civitas.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005), *En busca de las penas perdidas. (Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal)*, Cuarta reimpresión, Buenos Aires, Ediar.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2001), *Política criminal*, Madrid, Colex, p. 218

Electrónicas

<http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2007/12/13/1&documento=74>.

[http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9\\$2711000000\\$3759629&f=20080227](http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9$2711000000$3759629&f=20080227).

<http://www.senado.gob.mx/>.

Otras

Red Jurídica Nacional, servicio de Intranet. Dirección General de Informática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.