

4.2 La reforma bipolar

A pesar de avanzar hacia un enfoque garantista, el Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) enfrenta una fuerte tensión derivada de dos tipos de subsistema legal que chocan entre sí: Por un lado el régimen de derechos que pretende observar el debido proceso y, por otra parte, los regímenes de excepción que basan parte de su funcionamiento en la creciente utilización de medidas cautelares, que podrían menoscabar los principios de la Constitución. Para Ivonne Díaz (2011), la reforma procesal penal está integrada de dos grandes vertientes:

- a) La plasmada en un enjuiciamiento penal acusatorio —adversarial, cuyos principios fundamentales, son congruentes con los tratados internacionales de derecho de los derechos humanos, teniendo como eje el concepto integral u holístico del debido proceso y,
- b) Un subsistema de justicia penal de compleja funcionalidad con dichos tratados, especialmente en materia de delincuencia organizada, arraigo, prisión preventiva, cumplimiento de penas, intervención de comunicaciones, etc., que rompen con principios garantistas como presunción de inocencia, igualdad, no discriminación, derechos de audiencia, entre otros.

El origen de esta contradicción se explica también por la diferencia abismal de criterios en los marcos jurídicos internacionales de Derechos Humanos y los ordenamientos también de Naciones Unidas, relativos a la delincuencia organizada. Estos últimos abren un margen discrecional a los Estados nacionales para delimitar sus ámbitos de actuación frente a fenómenos criminales emergentes.

De esta manera, se instaura un sistema legal de aplicación universal centrado en valores democráticos, de manera simultánea a lo que el académico Miguel Sarre considera como la inserción de un 'régimen debilitado de garantías' (Granados Omar, 2011) aplicable a los casos de delincuencia organizada.

Delincuencia organizada

Una problemática sobre la cual es preciso discernir se remite a la enorme dificultad de aproximarse a una clara definición conceptual de “delincuencia organizada”, cuestión con delicadas implicaciones para el proceso de construcción normativa.

La ambigüedad semántica y socio-jurídica con que se construyó tradicionalmente en el entorno global el término “delincuencia organizada” es un asunto tan conocido como controversial en la literatura especializada. De acuerdo a Fernando Escalante (2012) “la confusión comienza en lo más básico, en la definición mínima de crimen organizado”. Según Escalante, no está claro lo que significa la expresión, a qué clase de grupos incluye o excluye, a qué clase de prácticas se refiere, ni tampoco que sea un fenómeno de mínima uniformidad.

Escalante Gonzalbo afirma que este concepto representa “un tipo penal de definición ambigua, que aspira a cubrir un espectro muy amplio de posibilidades, mediante una serie de disyuntivas, porque supone organizaciones complejas, de varios niveles y funciones, coordinadas a distancia, donde hay quien sólo toma llamadas telefónicas, quien sólo lleva los libros de contabilidad, quien sólo pone el dinero, y quien sólo transporta carga o vigila el paso de gente en una esquina”.

De manera similar, el exministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni considera:

El crimen organizado es un concepto periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar un derecho penal diferenciado y con menos garantías para un ámbito delictivo sin delimitación. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando todos los tráficó prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, falsificación de moneda, secuestros e inclusive terrorismo. (Citado en Uribe Benítez, Óscar. 2010).

Los argumentos señalados colocan a la aplicación del Derecho en una encrucijada, pues un principio de legalidad esencial en materia penal es la utilización precisa, cierta y proporcional de la ley, cuestión no satisfecha con un encuadre conceptual de tal amplitud.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, suscrita en 2000 y conocida comúnmente como Convención de Palermo, establece diversas características del término en comento, en el inciso a) del segundo artículo:

Se entiende por “grupo delictivo organizado” un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada establece una definición similar y enumera con mayor detalle los tipos penales que configuran este tipo de asociación delictuosa. En lo general, sin embargo, la norma preserva amplísimas facultades para que el Estado utilice un régimen de excepcionalidad.

Respecto a la Convención de Palermo, un nudo crítico es que los Estados - apoyados por la laxitud de las convenciones internacionales en la materia- cuentan con una enorme subjetividad para tipificar en sus leyes qué puede considerarse “delincuencia organizada”. Así, es posible emitir medidas legislativas que entran en conflicto con otras disposiciones relativas al marco internacional de los Derechos Humanos.

Idealmente, no debiera existir una contraposición o tensión jurídica entre sancionar los actos de delincuencia organizada y la tutela del Estado de los derechos fundamentales. Armonizar ambas perspectivas es un reto global de extrema complejidad y en este sentido, las iniciativas reformistas a la seguridad y la justicia, habrían de dar una segunda mirada para resolver la bipolaridad existente entre utilizar instrumentos del modelo penal inquisitivo, propios de un estado de excepción, y un Estado democrático de derecho, respetuoso de las garantías individuales.

Las herramientas legales deberían ser lo suficientemente sólidas y el Estado cumplir estándares profesionales de actuación que inhiban los crímenes más lesivos, sin alterar los equilibrios prevalentes en los derechos constitucionales.

Como resultado de una definición imprecisa y apoyada por su sesgo restrictivo, la Convención de Palermo menciona por ejemplo, la posibilidad de que los Estados apliquen “cualesquiera facultades discrecionales” para el enjuiciamiento de los delitos sancionados en esta materia (Art. 11, numeral 2). Tal disposición abre a los gobiernos la puerta a la interpretación parcial de la ley.

La Convención de Palermo invoca a los Estados a restringir derechos como libertades anticipadas o condicionales (Art. 11, numeral 4) e incluso invierte la carga de la prueba –y con ello anula el principio de presunción de inocencia- al conceder que los Estados puedan exigir al “delincuente” (no al imputado, pues la norma ya lo prejuzgó desde su propia redacción, nombrándolo como delincuente) comprobar el origen lícito de sus bienes (Art. 12, numeral 7).

En tanto, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, sanciona toda la cadena de producción de drogas, incluido el consumo (Art. 3, numeral 2), pese a ser una regulación decididamente sesgada a inhibir la producción en mayor medida que la demanda.

Medidas cautelares de excepción.

a) El arraigo

En su artículo 11, numeral 3, la Convención de Palermo establece que los países firmantes adoptarán las medidas necesarias para garantizar la presencia del imputado durante todo el proceso judicial.

En el ámbito nacional, uno de los aspectos más polémicos en la Reforma de 2008 fue la consolidación de la figura del arraigo en el texto de la Constitución, que puede ser por cuarenta días, con opción a extenderlo por un plazo igual. Lo anterior, según el artículo 16, “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 de la acción de la justicia”.

El arraigo empero, rompe con el espíritu garante de libertades individuales que dispuso históricamente el artículo 16 de la Carta Magna. Para el jurista Miguel Carbonell (2012):

La constitucionalización del arraigo ha generado fuertes críticas por parte de los especialistas. Se trata de uno de los aspectos más cuestionables o débiles de la Reforma, ya que lleva hasta la carta magna el muy vernáculo principio de “detener para investigar”, cuando en la mayoría de países democráticos del mundo sucede lo contrario: primero se investiga a una persona, y cuando se reúnen los elementos suficientes, se le detiene.

En la práctica, la utilización excesiva de esta medida motivó fuertes cuestionamientos por parte de instancias de Derechos Humanos, que pugnan incluso por su abolición.

La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH, 2012) puso de manifiesto los efectos perniciosos del arraigo, al considerar que la persona es usualmente detenida, presionada para obtener una confesión inculpatória mediante la tortura y queda sin una situación jurídica clara, ya que no es indiciada, inculpada o vinculada a proceso penal alguno, o al menos uno con claridad en sus reglas en todas las fases. A la persona inculpada, dice la CMDPDH, “simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora, negando con ello la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a contar con un abogado defensor”.

Desde una perspectiva formalista, el arraigo es utilizado para perfeccionar la investigación a fin de que la autoridad cuente con el tiempo necesario para aportar los

elementos de prueba para el juzgador. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que los imputados sean detenidos en instalaciones especiales, hogares privados u hoteles, práctica claramente anticonstitucional (CMDPDH, 2012) con lo cual también podrían vulnerarse elementales derechos como contar con asistencia jurídica o la debida vigilancia sobre las condiciones de detención durante todo el periodo establecido.

Como lo señalan los críticos, el arraigo deriva en un recurso para encubrir la ineficacia de la autoridad y esta no puede ser la principal herramienta para una investigación profesional del delito, ya que es susceptible a la utilización de la tortura y por consiguiente, atenta contra el debido proceso.

Recientemente, la Procuraduría General de la República (PGR) anunció de la reducción de un noventa por ciento en el uso de esta medida cautelar en los últimos 3 años (Comunicado PGR 840/15) dato que pondría de manifiesto una menor disposición de la autoridad a emplear este recurso, aunque pudieran ser necesarias medidas adicionales para reconsiderar este instrumento y en consecuencia, hacer las modificaciones legislativas pertinentes.

Cabe señalar que el artículo décimo primero transitorio de la Reforma Constitucional de 2008 otorgó la posibilidad a las autoridades locales de utilizar el arraigo en casos de delitos graves, hasta la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, de manera que en las Entidades Federativas en donde todavía no concluye la implementación, todavía se podría usar esta medida, a pesar de que la normatividad nacional solo la prevén en casos de delincuencia organizada.

Las quejas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) por violaciones a derechos fundamentales en situaciones de arraigo, casi se triplicaron al pasar de 45 en 2008 a 148 en 2011.

En el ámbito estatal el panorama pudo haber sido más crítico, aunque los primeros pasos para restringir el uso de esta figura en lo local ya se comenzaron a dar. En 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó la incompetencia de las

legislaturas estatales para emitir disposiciones en sus códigos penales en materia de arraigo, toda vez que este sólo procedía para casos de delincuencia organizada, bajo la responsabilidad del orden federal. Es oportuno recordar que ante la aprobación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) toda la emisión de normatividad local en esta materia dejó de tener vigencia, debido a la promulgación de un código único válido en todo el territorio mexicano.

En el entorno internacional, el arraigo también fue criticado reiteradamente por diferentes organismos del sistema de Naciones Unidas. Antes de la Reforma, en el diagnóstico de ONUDH enunció entre sus propuestas normativas “derogar las disposiciones legales que permiten la imposición del arraigo en detrimento del derecho a la libertad personal reconocido en la Constitución”. (ONUDH, 2003) Similarmente, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT) manifestó en 2006 su preocupación por su frecuente utilización en el país.

En 2010, el Comité de los Derechos Humanos de la ONU volvió a poner en duda la legalidad del arraigo penal a la luz de la decisión de la SCJN que declaró inconstitucional su incorporación en el Código Penal de Chihuahua y se pronunció por eliminar esta figura tanto en la legislación federal como estatal (CAT, 2010).

Dos años después, el Comité contra la Tortura señaló que, pese a lo recomendado en sus observaciones anteriores, México elevó a rango constitucional la figura del arraigo (CAT, 2012).

En 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió diversas recomendaciones donde se plantea a México abolir esta práctica a nivel federal y estatal, aunque la respuesta oficial se centró en reafirmar que sólo procede en casos excepcionales, se pretende reducir su duración e imponer medidas de escrutinio a cargo de organismos de protección de Derechos Humanos (CNN, 2014).

Paradójicamente, una investigación periodística a partir de datos proporcionados por la PGR concluyó que de 2008 a 2013 sólo se consignaron 490 casos ante un juez, de un total de 9 mil 582 (La Jornada, 2014).

b) Prisión preventiva.

El artículo 155 del CNPP establece catorce tipos distintos de medidas cautelares para garantizar la aplicación de la justicia, la última de ellas es la prisión preventiva. Según dicho código “las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada”.

En la práctica, la prisión preventiva representa una acción excepcional que, no obstante, es utilizada con demasiada frecuencia en el sistema penal. Pese a la letra del nuevo Código, CIDAC estima que “42 por ciento de las personas encarceladas en México no han recibido sentencia alguna y son obligadas a vivir en un castigo adelantado sin que se haya comprobado su culpabilidad” (De la Rosa, Carlos y Moreno, Mireya. CIDAC, 2015)

Lo anterior reviste de mayor gravedad si se considera que la mayor parte de los delitos en México son del orden común y el 70 por ciento de las sentencias son menores a tres años. Según Guillermo Zepeda, una investigación del CIDE en el centro del país concluyó que la mayoría de los presuntos actos criminales son por robo y en un 75 por ciento de casos el daño patrimonial es menor a 6 mil pesos (Zepeda, Guillermo 2009).

Como resultados, el sistema penitenciario presenta una saturación promedio del 25 por ciento y se incurre en un gasto excesivo. La prisión preventiva es una medida antieconómica, pues tan solo el mantenimiento de las personas en esta circunstancia es equivalente al doble del presupuesto anual de la SCJN y la mitad del presupuesto asignado al Instituto Politécnico Nacional (De la Rosa, Carlos y Moreno, Mireya. CIDAC, 2015).

Además, las familias de las personas en prisión sin recibir sentencia incurren en erogaciones personales muy onerosas para sus posibilidades y persiste un enorme riesgo de que los acusados por crímenes comunes puedan articularse con internos de mayor

peligrosidad. La prisión preventiva abona así a la agudización del fenómeno de corrupción en los centros penitenciarios.

Se considera que uno de los beneficios más importantes del nuevo modelo acusatorio-adversarial es que el atribulado sistema penitenciario podría ser despresurizado a través de juicios más eficaces en los que se encuentren alternativas distintas a la reclusión, que son posibles en los casos de menor riesgo.

Al igual que el arraigo, la prisión preventiva sigue un patrón similar al principio de “detener para investigar” lo cual paradójicamente, debilita las bases legales e institucionales de las autoridades responsables.

Con frecuencia se argumenta que el empleo desmedido del poder coercitivo del Estado hace más eficiente la procuración de justicia, la investigación y la detención de presuntos culpables. La inoperancia del énfasis punitivo en las últimas décadas demostró que, con las políticas de “mano dura” ocurre todo lo contrario.

Un dato utilizado de manera recurrente en las presentaciones de la Secretaría de Gobernación, es que durante el sexenio pasado se detuvieron a 105 mil personas (muchas de las cuales fueron sometidas a una desproporcionada exhibición mediática como si fuesen culpables) y tan solo 3 mil de este total, están sujetos a proceso o cumpliendo una condena (El País, 2013). La mayoría de las detenciones no siguieron su curso legal por falta de pruebas y deficiencias en la investigación.

La dudosa efectividad de las medidas excepcionales no es privativa de México, este es un tema controversial en todo el mundo y no es claro que la utilización de mecanismos donde se concede al Estado el margen más amplio de maniobra, ofrezca resultados positivos.

En 2009, las autoridades norteamericanas realizaron una operación encubierta de introducción de armas ilegales a México, denominada *Rápido y Furioso* (el artículo 20 de la Convención de Palermo lo permite bajo el apartado ‘técnicas especiales de investigación’). El posterior asesinato de oficiales norteamericanos presuntamente a cargo del crimen

organizado con las armas empleadas para este operativo, desató un escándalo político y mediático de enormes repercusiones binacionales, sin cumplirse el objetivo inicial de actuar contra los grupos criminales. (CNN, 2012).

La política antidrogas

Frente a las últimas grandes transformaciones en la agenda multilateral contra las drogas, es natural que los ordenamientos jurídicos que dan base a las políticas prohibicionistas vayan perdiendo consistencia lógica, pues están profundamente desactualizados de nuevos hallazgos científicos, según los cuales hoy existe un conocimiento mucho más amplio sobre el tratamiento a las adicciones de sustancias psicoactivas y la evolución de los mercados ilegales, entre otros aspectos.

Con ello, se abren nuevas posibilidades para adoptar enfoques multidisciplinarios que afronten el problema de las drogas no sólo como un asunto de seguridad, sino desde diversas aristas. En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas convocó a una sesión extraordinaria a principios de 2016, donde se debatiría una nueva estrategia “integral y equilibrada” (ONU, RES 67/193, 2012).

Un informe del centro de pensamiento Brookings Institution incluso afirma que Estados Unidos en un futuro debería reconsiderar su participación en los instrumentos internacionales de control de drogas, toda vez que una cantidad considerable de ciudades y entidades de la Unión Americana podrían seguir el ejemplo de Washington y Colorado en el sentido de autorizar el uso de marihuana con fines recreativos (Wells, Bennett y Walsh, John. 2014).

Pese a que una retirada norteamericana de los mecanismos internacionales de control parece inimaginable, la política exterior de ese país podría perder preponderancia en su posición de liderazgo en torno al discurso prohibicionista.

A medida que en lo local avancen las tentativas de despenalización en la Unión Americana, los países latinoamericanos podrían contar todavía con menos incentivos para

continuar una política punitiva que acarrea desproporcionados costos institucionales y humanos para, a su vez, plantearse una mayor autonomía en los procesos decisorios, que podrían redimensionarse de cara a las necesidades particulares de cada país y cada región con problemáticas compartidas.

NO CITAR TRABAJO EN PROCESO