

EL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA*

Olga Islas de GONZÁLEZ MARISCAL**

El grave incremento de la delincuencia y, consecuentemente, el alto grado de inseguridad en el que se vive desde hace más de veinte años, ha evidenciado la falta de capacidad de las autoridades para combatir este lacerante problema.

Por otra parte, los órganos encargados de la procuración de justicia han sido rebasados por la delincuencia violenta y desmedida. La razón todos la conocemos: falta de preparación, ineptitud, ineficiencia, corrupción y vicios arraigados, tanto del Ministerio Público como de la policía. La consecuencia de todo esto es la impunidad alarmante que a su vez retroalimenta a la delincuencia.

Ante este panorama desalentador, la respuesta del poder público es absolutamente equivocada: en lugar de atender las deficiencias del Ministerio Público y de la policía, se ha dedicado a reformar las leyes y hasta la Constitución. Las consecuencias son funestas: el derecho penal se expande, se incrementan las penas y, en los últimos años, se ha llegado al extremo de restringir garantías constitucionales que habían sido intocables. Con un discurso demagógico y falaz se pretende hacer creer a la sociedad que con esas medidas, y solamente con ellas, se abatirá la delincuencia.

* Ponencia expuesta en la Mesa 5. “Delincuencia organizada: ¿derecho penal del enemigo para combatir a la delincuencia organizada?”, del foro La Reforma Penal en México: Análisis, Críticas y Perspectivas, efectuado en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el 27 de abril de 2007.

** Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Las reformas constitucionales que han afectado el sistema de justicia penal aparecieron por primera vez en 1993. A estas reformas les siguieron otras; también algunos proyectos que modifican textos constitucionales que introducen principios autoritarios que robustecen la doble vía del derecho penal y procesal penal. Situación, esta última, que nos debe llevar a la reflexión sobre el peligro que representa, para la justicia penal mexicana, esta dualidad de enjuiciamiento. El derecho penal aplicable a la delincuencia organizada, reducido en garantías, auténtico derecho penal del “enemigo”, paulatinamente se expande y no sólo llega sino cruza los linderos del enjuiciamiento para los demás ciudadanos. Es un enjuiciamiento que contamina.

INICIATIVA DE REFORMA DE 2007

Ahora voy a referirme a la Iniciativa de Reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el Ejecutivo Federal presentó ante el Congreso de la Unión el 9 de marzo de 2007. Sólo comentaré las reformas relacionadas con el tema de mi participación, y lo haré de manera resumida, por la brevedad del tiempo.

Con la nueva Iniciativa queda claro que se vuelve a tomar el camino reformista, equivocado, para hacer frente a la delincuencia. En esta Iniciativa destacan dos tendencias de tipo inquisitorial:

a) Ampliación de las facultades del Ministerio Público, y de la policía, y *b)* Profundización de la dualidad entre el derecho penal excepcional y autoritario para la delincuencia organizada y el derecho penal democrático para las personas ajenas a esta clase de delincuencia.

Esto se constata con lo que dice la Exposición de motivos: “la presente Iniciativa parte de un tratamiento diferenciado entre los delitos graves y aquéllos considerados como de delincuencia organizada. En estos últimos se propone conceder al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implantadas con la premura que estos casos requieren”. Cabe señalar que las herramientas para la investigación no deben consistir en el retiro de garantías, sino en una auténtica capacitación de todo el personal que interviene en el sistema de justicia penal.

1. *Artículo 16*

En relación al artículo 16, se adicionan seis párrafos: 2, 4, 7, 10, 12 y 14.

A) En el párrafo segundo se faculta al Ministerio Público para imponer medidas cautelares sin autorización previa del juez, con el fin de garantizar la continuación de los procedimientos, proteger o restituir los derechos de las víctimas u ofendidos o salvaguardar el interés social en los términos que establezca la ley, el juez podrá dar su autorización *a posteriori*.

Comentario: Las medidas cautelares significan privación o restricción de bienes jurídicos y, por ello, sólo proceden en casos absolutamente necesarios y siempre decretadas por el juez.

Se entiende que esta determinación es para todos los delitos, no sólo para los graves, con lo cual se constata la expansión del derecho penal “de excepción”. Por otra parte, es preocupante que se deje a la legislación secundaria establecer los términos en que procede la imposición de tales medidas cautelares y la “generosidad” con la que se otorgan manos libres al Ministerio Público para imponerlas.

B) El párrafo 4o. dispone: “La ley establecerá como delitos graves aquéllos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz públicas”.

Comentario: La expresión “tranquilidad y paz públicas” es tan vaga y ambigua que poco se ganaría con esa limitante. Dentro de ella caben todos los delitos considerados actualmente como graves y muchos otros más. Además, dicha expresión no es objetiva porque señala que los delitos, para ser graves, deben afectar “seriamente”, debe preguntarse: ¿a juicio de quién?

Se agrega: “Los delitos considerados como delincuencia organizada siempre serán graves”. Esta regla profundiza la dualidad de los procedimientos.

C) El párrafo séptimo prescribe: “Sólo en casos urgentes cuando se trate de delito grave, ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención”.

Comentario: Se advierte claramente que es otro caso de ampliación de facultades para el Ministerio Público.

Se canceló el requisito referente a que “siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”, con lo cual el Ministerio Público puede ordenar una detención aunque el juez, que es al que le compete hacerlo, esté en posibilidad de intervenir en razón de la hora, lugar y circunstancias. En rigor, con esta medida se está invadiendo la facultad del juez.

Por otra parte, la detención, como quiera verse, se trata de un acto de molestia que debe estar fundado y motivado y, aunque así se disponga de manera genérica en el párrafo 1o. del propio artículo 16, vale la pena reiterarlo porque está en juego la libertad de las personas.

D) En el párrafo décimo se introduce el arraigo. Se dice que:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos graves, podrá decretar el arraigo de una persona con las modalidades de lugar y tiempo que el juez acuerde, sin que pueda exceder de treinta días, siempre que sea necesario para la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Comentario: El arraigo no está previsto en la Constitución, y por ello es una figura anticonstitucional violatoria de garantías. Con esta Iniciativa se pretende otorgarle constitucionalidad.

El arraigo es una prisión preventiva anticipada para facilitar al Ministerio Público la investigación del delito. Sólo que, en la mayoría de los casos, el Ministerio Público arraiga sin tener pruebas ni del delito ni del autor del mismo, sólo cuenta con indicios poco consistentes.

El arraigo en manos del Ministerio Público es un atropello, pues es bien sabido que el Ministerio Público lo lleva a cabo en hoteles o en áreas que ha destinado a ese efecto, donde el arraigado queda incommunicado y sometido a su poder arbitrario y abusivo.

El arraigo está previsto en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, desde 1983. Se trata de un arraigo domiciliario para asegurar la presencia del indiciado durante la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público. La autorización del arraigo la otorga el juez, y la solicitud del mismo, que debe estar fundada y motivada, la formula el Ministerio Público. Se prevé que el arraigo domiciliario no podrá exceder de 30 días naturales (y la

prohibición de abandonar una demarcación geográfica, de 60 días naturales).

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal regula el arraigo en el artículo 270 bis, pero sin precisar que sea domiciliario.

Por su parte, la Ley contra la Delincuencia Organizada lo consigna en el artículo 12, y ahí se dice que podrá prolongarse “por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo”.

El arraigo es un instrumento que sirve como medio para realizar una investigación que puede prolongarse hasta 90 días. Es una investigación que el Ministerio Público realiza sin la presencia del defensor y sin la conducción del órgano jurisdiccional. Es, por tanto, una investigación plenamente inquisitorial que atenta contra la esencia misma de la Constitución. El artículo 40 constitucional dice textualmente: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal”. Una República democrática rechaza categóricamente la actuación inquisitorial tanto del Ministerio Público como del juez, y exige que el enjuiciamiento penal sea totalmente acusatorio y, por ende, oral, público y contradictorio.

Por otra parte, en el mismo párrafo se anota que “el plazo del arraigo “podrá duplicarse para la delincuencia organizada”.

Nuevamente aparece la regla de excepción para la delincuencia organizada.

E) El párrafo décimo segundo postula: “La policía sólo podrá ingresar a un domicilio particular *sin orden de cateo* en caso de delito flagrante, con el único propósito de evitar la consumación de delitos o proteger la integridad de las personas”.

Comentario: Esta pretensión es de suma gravedad. Es una facultad omnímoda para la policía. Allanar un domicilio sin orden judicial de cateo, sin más limitación que tener el propósito (aspecto meramente subjetivo) de evitar la consumación de delitos y proteger la integridad de las personas.

El cateo —dice el maestro Fix-Zamudio— es el registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito

de buscar personas u objetos que están relacionados con la investigación del delito”. El cateo se lleva a cabo cumpliendo con requisitos muy estrictos, especialmente el referente a que sólo la autoridad judicial puede ordenarlo. La reforma pasa por alto todo lo prescrito en el propio artículo 16 para los cateos, y faculta a la policía, que generalmente actúa abusando de su poder y violentando los derechos humanos, a ingresar a los domicilios particulares, sin que el juez intervenga para nada.

Aquí se desbordó el poder del Estado y se dejó en total desamparo a la sociedad. La medida idónea consiste en eficientar la actividad de los servidores públicos que tienen en sus manos estos casos.

El cateo está regulado en los artículos 61 a 70 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 152 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

F) El párrafo décimo cuarto prevé: “Tratándose de delitos considerados como delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e intervención de comunicaciones privadas, cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determine la ley”.

Comentario: Se trata de una facultad desbordada para el Ministerio Público. Nunca imaginamos que el Ministerio Público ordenara por su cuenta, sin intervención de la autoridad judicial, arraigos, cateos e intervenciones de comunicaciones privadas. Esto significa el desfazamiento total del Ministerio Público concebido por el Constituyente de 1917.

Con gran desparpajo y frivolidad se consigna que la validez de estos hechos estará sujeta a la revisión judicial; pero, además, los términos de dicha revisión quedan a la determinación de la ley, sin importar que la trascendencia del caso obligaba a incluir tales términos en la propia ley fundamental.

Por otra parte, cabe preguntarse: ¿quién solicitará la intervención del órgano jurisdiccional? ¿Cuánto tiempo podrá transcurrir sin que se lleve a cabo la revisión judicial o sin que se resuelva la validez de actos ya consumados que lesionan bienes jurídicos de primer orden?

En la Exposición de motivos se dice que este párrafo prevé estas medidas “como herramientas especiales en materia de investigación

de la delincuencia organizada” y agrega que “en ocasiones acudir a la autoridad judicial dificulta o imposibilita la investigación”.

Esto significa que si los derechos humanos dificultan la actividad del Ministerio Público, hay que cancelarlos, y si el juez toma su tiempo para autorizar alguna actuación, hay que pasar por encima de él invadiendo sus funciones.

Todo esto preocupa, ¿hacia dónde vamos con “nuevas herramientas” como las que se proponen y que se incluyen en textos constitucionales?

2. *Artículo 20*

A) La reforma plantea, en el párrafo III del apartado A del artículo 20, otra salvedad para el caso de delincuencia organizada. Se establece que “la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos personales del acusador.

Comentario: Esta disposición es violatoria de las garantías consagradas en el artículo 20. No es comprensible, en un Estado democrático de derecho, que se le oculte al indiciado el nombre de su acusador, porque este conocimiento es necesario para que pueda contestar el cargo y rendir su declaración preparatoria. (En la Exposición de motivos se dice que no existe “necesidad lógica de hacerle saber [al indiciado] la forma en que, inicialmente la autoridad conoció su membresía delictiva”). Pudiera no haber “necesidad lógica” pero lo que sí hay es una obligación constitucional.

B) En la misma fracción III se agrega un párrafo segundo que estipula que cuando “el inculcado reconozca ante la autoridad judicial su participación en el delito y la confesión se encuentre sustentada en datos suficientes para considerarla cierta, el juez lo citará para la audiencia de sentencia. La Ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

En la Exposición de motivos “cándidamente se dice que con la propuesta “se promueve la cultura de la verdad y no de la mentira y el constreñimiento a la ley”.

Comentario: Situación sumamente grave, por múltiples razones. Sólo mencionaré dos, porque el doctor Zamora Pierce ya abordó este tema de manera completa y a profundidad.

En últimas fechas se da la impresión de que lo más importante en el procedimiento penal es acortar los tiempos de su desarrollo. Pareciera ignorarse que hay una finalidad más trascendente: la búsqueda de la verdad histórica cuyos resultados darán la pauta al juez para dictar sentencia (ahora, en el contexto de los juicios orales, se habla de verdad procesal que esté fuera de toda duda, es decir, que “exista una correspondencia próxima entre las proposiciones fácticas del caso y las proposiciones jurisdiccionales). En un enjuiciamiento penal, lo fundamental no es el ahorro de tiempo ni de trabajo para quienes administran justicia, lo importante es, precisamente, la impartición de justicia.

Por otra parte, en el mismo texto constitucional, se incita al inculgado a declararse culpable, pues se le están prometiendo beneficios para que así lo haga; beneficios que se establecerán en la ley secundaria.

Dentro del mismo artículo 20 se introducen otras modificaciones que no entran en el tema.

3. *Artículo 21*

En este artículo se consigna que: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, la cual actuará “bajo la conducción jurídica de aquél en el ejercicio de esta función”.

Comentario: Esta propuesta coloca al Ministerio Público y a la policía en un mismo plano, pues, en este contexto: ¿qué significa la “conducción jurídica” de una policía con autonomía operativa y facultada hasta para allanar domicilios sin la autorización del juez?

En la Exposición de motivos se dice que la policía, al estar bajo el mando del Ministerio Público, “se constriñe al cumplimiento de las instrucciones que recibe, limitando así sus habilidades e impidiendo su profesionalización”.

Razonamiento falaz. La falta de profesionalización y de capacidad de la policía, así como su ineptitud, su corrupción y los vicios en que se desenvuelve, nada tienen que ver con su dependencia del Ministerio Público. Siguiendo el razonamiento del Ejecutivo, sólo los servidores públicos autónomos podrían ser capaces, profesionales y eficientes.

La policía debe mantenerse bajo el mando y autoridad del Ministerio Público porque es, precisamente él, quien actúa ante el juez, y no la policía. Si ésta no está subordinada al Ministerio Público, el que se va a quedar maniatado es el Ministerio Público.

Para finalizar, quiero subrayar que el problema de la delincuencia no reside en la Constitución, sino en la realidad factual. Es falsa la tesis de que los derechos humanos y las garantías en materia penal estorban (son un estorbo) para combatir la delincuencia. El problema radica en la falta de preparación, la corrupción y la negligencia de la policía y del Ministerio Público. La supresión de garantías y en general la flexibilidad normativa conduce fatalmente a una mayor ineptitud y corrupción.

A propósito de la tesis que plantea la antinomia entre los derechos humanos y la seguridad pública, el doctor García Ramírez ha dicho que:

De ese argumento se sigue una conclusión natural, que se insinúa aunque no se diga —todavía— claramente: reduzcamos el aparato de las garantías, moderemos el trabajo humanista de la Constitución, desate-mos las manos del Estado, que con dificultad quedaron atadas en una labor prudente de varios siglos, para que alcancen a los delincuentes. Es obvio que luego, muy pronto, también alcanzarán a los inocentes, con los mismos instrumentos y para los mismos fines.