

## La seguridad fallida de un sexenio fallido

### La prevención penal como componente ideológico de la vigilancia, de la segregación y de las medidas de seguridad

*Arturo Berumen Campos\**

Cada vez que se inventa un nuevo control discursivo contra el poder, éste intenta y logra utilizarlo para justificar una mayor violencia fuera del control jurídico. Con la idea de la prevención penal ha sucedido lo mismo. En sus inicios, la prevención penal pretendió disminuir o mitigar la función represiva o reactiva del derecho penal. Con el tiempo, la función preventiva del derecho penal se subordinó a su función represiva y justifica, en la actualidad, el desencadenamiento de la violencia estatal, incluso sin respeto a sus límites garantistas tradicionales. Se estudia esta inversión ideológica (dialéctica negativa), siguiendo a Ferrajoli, en tres aspectos: 1) la prevención antes del juicio, o la prisión preventiva; 2) la prevención antes del delito, o la policía preventiva y 3) la prevención antes de la pena o las medidas de seguridad.

*Each time a new discursive control against the power is conceived; the power tries and succeeds using it to justify more violence outside the legal control. With the idea of criminal prevention, it has been the same. At the beginning, criminal prevention sought to reduce or mitigate the repressive or reactive function of criminal law. Over time, the preventive function of criminal law is subordinated to its repressive function and justifies, at present, the unleashing of state violence, even without respect to its "garantista" traditional boundaries. We study this ideological inversion (negative dialectics), following Ferrajoli in three aspects: 1) prevention before the trial or preventive detention, 2) prevention before crime, or preventive police and 3) prevention before sentences or security measures.*

**SUMARIO.** Introducción / I. La prevención antes del juicio o la prisión preventiva / II. La prevención antes del delito o la policía preventiva / III. La prevención antes de la pena o las medidas cautelares de seguridad / IV. El ingrediente ideológico garantista / V. Conclusiones / Bibliografía

\* Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

## Introducción

Parafraseando a Milan Kundera, podríamos decir que la lucha del hombre contra el poder es la lucha de la palabra contra la violencia.<sup>1</sup> El intento de sujetar al poder con el discurso de la democracia y de los derechos humanos y la utilización de este mismo discurso para justificar, ideológicamente, la violación de esos derechos por la dictadura de ese mismo poder, ha sido la dialéctica permanente de la historia del derecho penal.

Cada vez que se inventa un nuevo control discursivo contra el poder, éste intenta y logra utilizarlo para justificar una mayor violencia fuera del control jurídico.

Con la idea de la prevención penal ha sucedido lo mismo. En sus inicios, la prevención penal pretendió disminuir o mitigar la función represiva o reactiva del derecho penal.<sup>2</sup> Con el tiempo, la función preventiva del derecho penal se subordinó a su función represiva, y justifica, en la actualidad, el desencadenamiento de la violencia estatal, incluso con respecto de sus límites garantistas tradicionales.

Podemos estudiar esta inversión ideológica (dialéctica negativa), siguiendo a Ferrajoli, en tres aspectos: 1) la prevención antes del juicio, o la prisión preventiva; 2) la prevención antes del delito, o la policía preventiva, y 3) la prevención antes de la pena o las medidas de seguridad.<sup>3</sup>

### I. La prevención antes del juicio o la prisión preventiva

La prisión preventiva es una excepción al principio garantista de la estricta jurisdiccionalidad la cual dice: no hay culpa sin juicio (*Nulla culpa sine indicio*).<sup>4</sup>

*Prima facie*, no parecería injustificada esta excepción al principio de jurisdiccionalidad, pues ningún principio es absoluto, sobre todo, si existen otros principios que se encuentran, socialmente, en competencia, como podría ser el principio de seguridad pública.

Aunque Ferrajoli no considera que se justifique, en ningún caso, la prisión preventiva,<sup>5</sup> tal vez pueda justificarse si se considera no sólo una medida preventiva excepcional, sino que, a la vez, tenga excepciones, como la libertad bajo caución. La libertad bajo caución es una excepción a la prisión preventiva, como ésta es, a

<sup>1</sup> “La lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido”, Milan Kundera, *El libro de la risa y del olvido*, trad. Fernando Valenzuela, México, Seix Barral, 1987, p. 10.

<sup>2</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. Álvaro Bunster, México, SigloXXI Editores, 1998, pp. 32 y ss.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Ibáñez, Madrid, Trotta, 1997, pp. 764 y 765.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 770 y ss.

su vez, una excepción al principio de jurisdiccionalidad. Es pues, la excepción de la excepción. Y, parafraseando a Hegel, es el restablecimiento parcial, del principio de jurisdiccionalidad.<sup>6</sup>

Sin embargo, desde hace más de una década, tal restablecimiento relativo del principio de la jurisdiccionalidad, ha sido restringido de una manera totalmente excesiva, pues la excepción de la prisión preventiva, tiene cada vez menos excepciones, al aumentarse los delitos graves a los que está condicionada la improcedencia de la libertad caucional. La prevención ha sido privilegiada excesivamente en detrimento no tan sólo del principio de la presunción de inocencia sino del principio de estricta jurisdiccionalidad.<sup>7</sup>

De entonces a la fecha, la prisión preventiva en México se ha convertido no tan sólo en una medida preventiva, sino, como dice Cárdenas Rioseco, en una condena por adelantado, o en una medida de seguridad y de segregación encubiertas.<sup>8</sup> Este carácter de la prisión preventiva se ha acentuado, peligrosamente, en las reformas constitucionales en materia judicial, en marcha, pues desaparece la libertad bajo caución como derecho del inculpado. Esta regresión garantista se ha pretendido justificar con la disminución de los delitos denotados como graves que merezcan la prisión preventiva.<sup>9</sup>

Vale la pena transcribir *in extenso*, la argumentación de las comisiones respectivas de la Cámara de Diputados, para detectar las patologías comunicativas de la reforma judicial y develar la ideología “garantista” que pretende justificarlas. Dice el Dictamen:

A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe

<sup>6</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del derecho*, trad. Eduardo Vásquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, § 99, p. 169. Cf. Arturo Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2000, inciso 2.1: “Para este autor, el derecho subjetivo es el reconocimiento recíproco de los sujetos de derechos, el hecho ilícito o delito es el desconocimiento o la negación del derecho subjetivo, la sanción coactiva es la negación del hecho ilícito, es decir su desconocimiento como desconocimiento del derecho subjetivo. Por tanto, la sanción coactiva es el restablecimiento de los derechos subjetivos de los sujetos de derechos, tanto de la víctima como del delincuente”. “Una posible formalización del concepto hegeliano de norma jurídica podría ser la siguiente: ~ (~D). Donde ‘D’ sería el derecho subjetivo; la primera negación ‘~D’, sería el hecho ilícito y la doble negación ‘~ (~D)’ sería la sanción coactiva que restablece al derecho subjetivo”.

<sup>7</sup> Arturo Berumen, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, México, INACIPE, 2000, pp. 133 y ss.

<sup>8</sup> Raúl Cárdenas Rioseco, *La prisión preventiva en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 97 y ss.

<sup>9</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, del 11 de diciembre del 2007, p. 33.

## Sección Doctrina

apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.

Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos.

La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.<sup>10</sup>

La argumentación de los diputados consiste en decir que si ya casi no hay delitos para los que proceda la libertad bajo caución, entonces hay que desaparecer la libertad bajo caución. Nos encontramos en presencia de una falacia conocida como “*non sequitur*”, es decir, extraer una conclusión que no se sigue de las premisas.<sup>11</sup> De que se hayan reducido los casos en que proceda la libertad bajo caución no se sigue, necesariamente que deba desaparecer esta figura, pues es mejor reducir los casos de delito grave que impide su procedencia. O de plano, suprimir el régimen de prisión

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34.

<sup>11</sup> Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, trad. Jorge F. Malem, Barcelona, Ariel, 1998, p. 131.

preventiva que es el que hace necesaria la libertad bajo caución, como excepción de la excepción, tal y como lo veíamos más arriba.

En lugar de ello, se propone disminuir los delitos por los cuales procede la prisión preventiva: los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Parecería, a primera vista, que si se disminuyen los casos de excepción al principio de jurisdiccionalidad, es decir, —los casos de prisión preventiva—, no habría necesidad de establecer excepciones a la excepción que ya de por sí parece excepcional, es decir, no tendría sentido la libertad bajo caución en un sistema en el que la prisión preventiva se encuentra reducida a casos excepcionales.

Sin embargo, podemos oponer dos objeciones a esta argumentación. La primera es que la libertad bajo caución estaba condicionada a la gravedad del delito y de la pena, ahora con la procedencia de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso también para los probables participantes, los acusados de delincuencia organizada, por ejemplo, serán detenidos preventivamente y no tendrán libertad bajo caución aunque sólo sea probable su mera participación. De modo que, al desaparecer la libertad bajo caución, se aumentarán los casos de detenidos preventivamente, aunque se hayan disminuido los tipos de delitos para los cuales proceda esta medida precautoria.

Por otro lado, y este es el mayor riesgo para el garantismo, ya en el texto de la propuesta de reforma del artículo 19 constitucional se dice:

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

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.<sup>12</sup>

Es decir, la prisión preventiva, sin posibilidad de libertad bajo caución, tan sólo procede en los casos ya mencionados de oficio por el juez, pero el ministerio público

<sup>12</sup> Dictamen de las..., *op. cit.*, pp. 54 y 55.

## Sección Doctrina

podrá solicitar la prisión preventiva y el juez podrá revocar la libertad de los procesados, sin posibilidad tampoco, de libertad bajo caución, en los casos de prevención señalados en el párrafo anterior. Entonces, también de este modo se pueden aumentar los casos de prisión preventiva sin derecho a libertad bajo caución, aunque se hayan disminuido los tipos de delitos en que procede la prisión preventiva.

Ahora bien, si nos fijamos en los tipos de casos en que se establece, constitucionalmente la prisión preventiva sin derecho a libertad bajo caución, muchos de ellos parecen estar previniendo el incremento de delitos llevados a cabo por grupos armados (delincuencia organizada, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos graves contra la seguridad nacional, delitos contra la salud), para los que se establece un régimen penal preventivo antes del juicio, junto con un régimen supuestamente garantista en los casos de la delincuencia ordinaria. Sin embargo, es muy probable que dicho régimen se pretenda aplicar a los grupos

***Existe la percepción por parte de los operadores del derecho penal (jueces, ministerios públicos y policías de investigación) de que el significado de la expresión “probable responsabilidad” es el de “posible responsabilidad”.***

de oposición que protesten masivamente contra las políticas neoliberales del gobierno mexicano de legitimidad restringida. Volveremos a este punto cuando analicemos otros aspectos de la reforma constitucional en materia judicial.

Otro tópico muy relevante en la cuestión de la prisión preventiva en México, y que tiene que ver también con la reforma judicial, ha sido la confusión entre la posibilidad y la probabilidad de la responsabilidad del imputado para decretar la procedencia de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión (de vinculación a proceso en la propuesta de reforma).

Existe la percepción por parte de los operadores del derecho penal (jueces, ministerios públicos y policías de investigación) de que el significado de la expresión “probable responsabilidad” es el de “posible responsabilidad”. Sin embargo, desde el punto de vista filosófico, no es lo mismo la probabilidad y la posibilidad. Lo posible es lo que no es pero puede ser, según los escolásticos, como Verneaux.<sup>13</sup> Lo que es posible es lo contrario de lo imposible, que es lo que no es, pero que no puede ser. Y lo que no es y no puede ser, es lo contradictorio. Por tanto, lo posible es lo no contradictorio. Basta que un enunciado no sea contradictorio con otro para que sea posible. No es necesaria ninguna otra cosa para ello.

En cambio, lo probable, según Abbagnanno, es el grado de lo posible.<sup>14</sup> Para que algo sea probable es necesario que sea posible, pero no es suficiente. Para que algo

<sup>13</sup> Arturo Berumen, *Análisis comunicativo...*, op. cit., p. 100.

<sup>14</sup> *Idem*.

sea probable se requieren además otros indicios, y entre más indicios se tengan de la realización de un hecho, tanto más probable es que éste se haya realizado.

En el caso de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, como no se dice que grado de probabilidad de imputado se exige, se ha identificado con la simple posibilidad de la responsabilidad para que proceda aquella orden o este auto.

Por ello, el Ministerio Público sólo intenta demostrar que el imputado se encontraba en el lugar de los hechos para inferir que no es contradictorio con su posible responsabilidad, para que, aunado a cualquier otro indicio, solicitar y el juez decretar la prisión preventiva. Del mismo modo, los defensores, buscan demostrar que el sujeto se encontraba en otro lugar, distinto al del lugar de los hechos, en el momento de realizarse, para considerar como imposible su responsabilidad material.

En ambos casos, se está entendiendo lo probable como si fuera lo posible, o se exige muy poco, ningún grado plausible de la posibilidad de la responsabilidad. Por ello, la probable responsabilidad deja de ser un componente teórico y se transforma en un ingrediente ideológico de la segregación que significa la prisión preventiva, pues oculta la violación no tan sólo del principio de la jurisdiccionalidad, sino también del principio de la culpabilidad, en términos del garantismo penal de Ferrajoli.<sup>15</sup>

Si se exigiera, en la Constitución que, para que procediera la orden de aprehensión o el auto de formal prisión, un grado de probabilidad, cuando menos media, se podría considerar que con ello, se cumpliría, en esa misma medida, el principio de jurisdiccionalidad, que mientras subsista la prisión preventiva, no se podrá satisfacer completamente. En este supuesto, durante el juicio, la función de la acusación sería la de aumentar el grado de probabilidad y la de la defensa, la de disminuirla. En cambio, la confusión actual entre posible responsabilidad y probable responsabilidad, hace del juicio penal una mera justificación ideológica de una concepción puramente preventiva de la política de seguridad pública que no es otra cosa que la justificación preventiva de la represión penal.

Este rasgo se acentúa, a tal grado en la propuesta de reformas judiciales, en proceso acelerado, que el requisito para la procedencia de la orden de aprehensión o del auto de vinculación a proceso (auto de formal prisión) ya no es la “probable responsabilidad” sino la “probable participación”.<sup>16</sup>

El cambio parece muy sutil, pero hay que relacionarlo con las demás reformas, para llegar a la conclusión de que el propósito de las reformas, en su conjunto, es la constitucionalización de la segregación puramente preventiva no sólo de quienes hayan delinquido, sino de aquellos que se hayan opuesto a las políticas neoliberales autoritarias, ocultando, aviesamente, sus propósitos mediante un supuesto garantismo penal, lo cual lo convierte en una ideología.

<sup>15</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 93.

<sup>16</sup> Dictamen de las..., *op. cit.*, pp. 20 y 32.

## Sección Doctrina

Veamos si no es así. Primero, expongamos, *in extenso*, los argumentos y el articulado de las propuestas de reforma. Por lo que se refiere a la orden de aprehensión, dice el dictamen:

Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde.<sup>17</sup>

Y con respecto al auto de vinculación a proceso:

En este punto habría que agregar que el excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria. Ello debilita el juicio, única fase en la que el imputado puede defenderse con efectivas garantías, y fortalece indebidamente el procedimiento unilateral de levantamiento de elementos probatorios realizado por el ministerio público en la investigación, el cual todavía no ha sido sometido al control del contradictorio. La calidad de la información aportada por el ministerio público viene asegurada por el control horizontal que ejerce la defensa en el juicio, en tal sentido, no es adecuado que en el plazo de término constitucional se adelante el juicio.<sup>18</sup>

Si ya la “probable responsabilidad”, dada su confusión con la posible responsabilidad exigía un nivel muy bajo de probabilidad, la “probable participación” va a propiciar que se decrete la prisión preventiva sin derecho a fianza a quien “participe”, por ejemplo, en una manifestación contra la privatización de PEMEX, en la que se bloquen pozos petroleros o vías de comunicación, por parte de dos o más personas, consideradas como delincuencia organizada, según la definición de la reforma a que más abajo nos referiremos. Es decir, parece configurarse claramente un estado de derecho puramente preventivo, que mantenga segregados sin libertad bajo fianza a los opositores a las medidas fascistas de los desnacionalizadores energéticos.

Y nuevamente la justificación ideológica es el garantismo penal, al que está llevando a un desprestigio que no se merece. Se pretende decir que no es en el momento de la averiguación previa o al inicio del proceso en donde se deben valorar las pruebas, sino en el propio juicio, porque es en éste mismo donde el principio del contradictorio penal permite controlar la calidad de la información obtenida

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

unilateralmente por el ministerio público. Esto es incompatible con el verdadero garantismo, porque, una de dos, o se hace de la averiguación previa un verdadero proceso contradictorio, o se considera a la acusación sólo como una mera pretensión de validez de la acusación, en términos de Habermas, pretensión que podrá problematizarse o cuestionarse por la defensa y desempeñarse o reafirmarse por la acusación en el mismo juicio, para que tengan una validez altamente probable.<sup>19</sup> Por tanto, de ningún modo puede considerarse al auto de formal prisión como una “sentencia condenatoria” como propone el dictamen, pues los hechos ni la participación “se tengan definitivamente probados, sino que, precisamente, dichas pruebas pueden ser problematizadas por la defensa”.<sup>20</sup>

La argumentación del dictamen constituye una doble incompatibilidad consigo misma, pues si los datos previos que se exigen para la prisión preventiva no se valoran en ese momento, no se ve como se pueda tener la convicción de la “probable participación” del inculpado en el delito, por un lado, y por el otro, no se ve como pueda fortalecerse el juicio si ya se decidió la prisión preventiva sin derecho a fianza, pues es esta medida precautoria la que lo debilita más que nada. Se fortalece la institución (probable participación) que debilita el juicio, y después se justifica la institución para no debilitar al juicio. Estamos en presencia de una verdadera “petición de principio”, es decir, se trata de un argumento circular,<sup>21</sup> en el que se debilita el juicio por la probable participación y se sostiene la probable participación para no debilitar el juicio.

## II. La prevención antes del delito o la policía preventiva

La ampliación de la prisión preventiva (arraigo, delincuencia organizada, probable participación) tiene su correlato, en el fortalecimiento de las funciones preventivas, tanto de los policías como de los jueces, en el sistema de seguridad pública, es decir, el fortalecimiento de la mera prevención antes del delito.

Según Ferrajoli, en las sociedades modernas, el derecho penal se desdobra en dos sistemas paralelos: un derecho penal y procesal ordinarios y un derecho penal y procesal administrativo.<sup>22</sup> En este último, conocido también como derecho de policía, es preventivo y aquél es retributivo. Se supone que en este se respeta el principio

<sup>19</sup> “Da la impresión que, en este argumento, subyace la idea inquisitorial de considerar a la función del juez como una simple ampliación o continuación de la función acusatoria. El desarrollo del juicio penal, propiamente dicho, no tiene como única o principal finalidad dar oportunidad de robustecer la hipótesis acusatoria, sino fundamentalmente de argumentar la hipótesis de la reforma, pues uno de los principios garantistas del juicio penal, a decir de Ferrajoli, es el principio del contradictorio”, Arturo Berumen, *Análisis comunicativo...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Anthony Weston, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

<sup>22</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 764.

### Sección Doctrina

de retribución que dice: “No hay pena sin crimen” (*Nulla pena sine crimine*),<sup>23</sup> en cambio, en aquél se pasa por alto.

Por esta razón, en el derecho penal administrativo de policía, los policías desempeñan funciones de jueces y los jueces funciones de policía.<sup>24</sup> Si ya en el proceso penal ordinario la influencia del ministerio público que, en México es el jefe de la policía de investigación, es muy amplia en el sistema penal o administrativo o de policía, sus funciones son meramente ideológicas, es decir, ocultadoras y justificadores de la represión policíaca.

En el sistema penal administrativo de policía se confunden las funciones de la policía preventiva y de la policía de investigación, pues lo que guía a la actividad de la policía es la idea de la peligrosidad y de la sospecha, lo cual lo sustrae a los controles constitucionales de los derechos humanos y las garantías procesales.<sup>25</sup> En el caso de las reformas penales recientes, la “probable participación” que hemos analizado más arriba, la constitucionalización del arraigo y la definición constitucional del delito de delincuencia organizada, que estudiaremos más abajo, nos indican el avance de la prevención por la peligrosidad y la sospecha y el retroceso de las garantías de la retribución.

Con respecto a la reorganización de las funciones policíacas, el dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados, señala:

Así, en el primer párrafo del artículo 21 se hace la precisión de que la función de investigación de los delitos corresponde, tanto a las policías, como al ministerio público. Esto es una necesidad, si se considera que el monopolio de la investigación, al menos en la literalidad del texto, corresponde exclusivamente en la actualidad a las Procuradurías. Esto ha traído como consecuencia el interpretar que las policías, aún las ministeriales, no pueden realizar absolutamente ninguna de las fases dentro de la investigación.

Esta apreciación es incorrecta, si se piensa que, conforme a los modelos más avanzados de investigación, corresponde a la policía realizar tareas fundamentales, como la conservación de la escena del crimen, el recopilar en los instantes inmediatos posteriores a la comisión de aquél, datos o evidencias que serán imprescindibles para asegurar un proceso penal exitoso.

Es importante dejar muy claro que la actuación de las policías, en el ejercicio de la función investigadora, será siempre bajo la dirección y conducción del ministerio público, es decir, éste no pierde con la reforma su carácter de controlador y eje rector de la fase investigadora.

Otro avance, sin duda fundamental, consiste en que el nuevo texto propuesto no prejuzga sobre la adscripción orgánica de la policía investiga-

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 768 y 769.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 769 y 770.

dora. Esto significa que corresponderá tanto a la Federación como a los estados, decidir, en su propia legislación, la ubicación que consideren óptima para esta policía: bien dentro de la propia Institución investigadora (procuradurías), bien en otra dependencia de la administración pública como sucede en la mayoría de los países.<sup>26</sup>

En primer lugar, no es necesario especificar que la investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, si éstas estarán bajo la dirección y la conducción de aquél, a menos que se quiera fortalecer su posición independiente, como parece indicarlo la posibilidad de que la policía investigadora puede estar adscrita a la Procuraduría o a la Administración Pública. En segundo lugar, se fusionan las funciones de investigación y de prevención:

Así, la ley que se emita en la materia, donde se sienten las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, deberá establecer específicamente, cuando menos, varios elementos. El primero deberá regular la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. El segundo, deberá establecer, como elemento básico, la carrera policial a nivel nacional con carácter homogéneo. Así también, se deberá regular específicamente la certificación de los elementos de policías y agentes del ministerio público, que no implica solamente su registro en el sistema para evitar que ingresen aquellos que hayan cometido delitos o formen parte de la organizaciones ilícitas; sino también, y fundamentalmente, que existan certificaciones para que los elementos policíacos tengan los conocimientos y habilidades necesarias para realizar su función, siempre en un marco de irrestricto respeto a los derechos humanos. Así, por ejemplo, para que un elemento de policía municipal, estatal o federal, que no esté adscrito a las agencias estatales o federal de investigaciones, pueda realizar funciones de investigación preventiva o coadyuvar con el ministerio público, deberá estar plenamente certificado que cuenta con los conocimientos jurídicos y de respeto a los derechos humanos, así como con las habilidades y destrezas que le permitirán hacer efectivamente sus trabajos.<sup>27</sup>

Y las funciones preventivas y de inteligencia:

Por otra parte, el artículo 21 de la Constitución ha sido reformado para establecer la relación entre el ministerio público y las policías en torno a la investigación de los delitos además de la investigación de inteligencia y preventiva.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Dictamen de las..., *op. cit.*, p. 44.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>28</sup> *Idem*.

### *Sección Doctrina*

No es muy clara la distribución de las funciones policíacas de investigación, de prevención y de inteligencia, lo cual no era menos de esperar, si por ejemplo, la investigación del delito de delincuencia organizada se identifica con la investigación de inteligencia, pues en aquél no hay delito material que perseguir y el arraigo para la investigación es una medida preventiva y cautelar. Por lo que se refiere a las funciones judiciales de la policía los veremos en el momento de analizar el arraigo y las funciones policíacas de los jueces, con el caso de los jueces de control y de ejecución de sentencias.

Por lo que se refiere al ingreso a domicilios sin orden judicial, que no fue aprobado por los legisladores, constituyó la acción estratégica, para que el poder legislativo aceptara el resto del paquete del estado de derecho preventivo. Decía el párrafo controvertido del artículo 16 del proyecto:

La policía podrá 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, en los términos del párrafo cuarto de este artículo.<sup>29</sup>

Es clara aquí la función judicial que se le quería atribuir a la policía. El riesgo de los abusos que este párrafo tendría para la inviolabilidad del domicilio, que fue usada por los impulsores del proyecto como una acción estratégica e instrumental, de modo que sería y fue sacrificable, a cambio de que los legisladores aceptaran como aceptaron el proyecto en su conjunto, el estado de derecho preventivo. Un análisis comunicativo más amplio podría sacar a la luz como fue posible que el poder legislativo fuera tan manipulado en su conjunto.<sup>30</sup>

Por otro lado, la definición constitucional de la delincuencia organizada como delito, su tratamiento como delito que amerita prisión preventiva sin derecho a la libertad bajo fianza, las restricciones de muchas garantías a quienes “participen” en ella, además de las medidas cautelares que se prevén contra ella, nos hacen interpretar a esta figura como el núcleo del subsistema penal administrativo de policía que se genera con estas cuestionadas reformas constitucionales en materia judicial. Veamos primero, la definición que determina la constitución de delincuencia organizada:

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.<sup>31</sup>

Basta con que tres o más personas se organicen para cometer delitos, sin que los hayan cometido, necesariamente, para que sean sujetos al subsistema de derecho penal

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>30</sup> Un trabajo semejante al que hemos realizado en *Análisis comunicativo...*, *op. cit.*

<sup>31</sup> Dictamen de las..., *op. cit.*, p. 51.

administrativo de policía. En primer lugar, es una medida policíaca de prevención antes del delito. Antes de cometer el delito, ya se considera al que va a cometerlo como un delincuente. En segundo lugar, cualquier delito que los “delincuentes organizados” pretendan cometer, por el sólo hecho de haberlos cometido de una manera organizada, son sujetos de órdenes de aprehensión o de autos de vinculación a proceso, con sólo que se haya acreditado su “probable participación”, y, por consiguiente, pueden ser sometidos a la prisión preventiva sin derecho a libertad bajo caución. En tercer lugar, es perfectamente posible y, aún probable que el régimen especial de la delincuencia organizada se aplique a los “participantes” en los movimientos sociales de protesta, de una manera masiva, de modo que se pueda tenerlos segregados, incomunicados, en prisiones de alta seguridad y demás medidas cautelares o de seguridad.

### **III. La prevención antes de la pena o las medidas cautelares de seguridad**

Las restantes medidas previstas para la represión de la delincuencia organizada, caen en lo que Ferrajoli llama la prevención antes de la pena o medidas de seguridad. En las reformas constitucionales se prevén casi todas ellas, de modo que éstas complementan el subsistema de derecho penal administrativo o de policía: el arraigo, cárceles de alta seguridad y aislamiento de los detenidos, entre otros. Analizaremos sólo algunas de ellas. Con respecto al arraigo, dice el dictamen:

Esta figura consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un período determinado, a petición del ministerio público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo sólo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación, pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la

## Sección Doctrina

orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.<sup>32</sup>

El arraigo no es otra cosa que una ampliación de la prisión preventiva, pues, aunque puede decretarse en el domicilio del sujeto, también puede serlo en un lugar distinto e indeterminado, cuando se trate de la delincuencia organizada, entre otros delitos. Pero la prisión preventiva, aunque muy disminuidos, requiere de determinados requisitos formales, como la ya famosa “probable participación”, pero en el caso del arraigo no existe ningún requisito de esta índole, pues basta que se considere por la autoridad, que al acusado puede sustraerse a la acción de la justicia para decretarlo judicialmente. Por ello, esta es una función policíaca desempeñada por los jueces de “supuesto control”.<sup>33</sup> Procede, entre otros supuestos, “contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión”, o bien, cuando no puede acreditarse la “probable participación”, es decir, cuando la policía “científica” no pueda ni siquiera acreditar ese “alto” estándar de nivel probatorio. Parece que la incapacidad policíaca determina el grado de respeto a los derechos humanos en estado preventivo de derecho.

La razón por la cual se incluyó esta medida a nivel constitucional es que, estando ya previsto a nivel legal, se dieron muchos problemas de inconstitucionalidad. Parece, entonces que para no infringir la Constitución, se modifica la propia Constitución. De esta manera la Constitución pierde, poco a poco, su función de limitar el poder de los órganos del estado, pues si se entiende este límite como un estorbo, entonces se hacen a un lado los estorbos constitucionales. La Constitución se anula a sí misma, paulatinamente.

Por lo que se refiere a las prisiones de alta seguridad y a las incomunicaciones, el dictamen dice:

Se juzga conveniente prohibir que los indiciados y sentenciados por delitos de delincuencia organizada puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, y por otra parte, que se destinen centros de reclusión especiales para estos mismos internos. De igual manera, es acertado avalar restricciones a las comunicaciones de estos internos con terceros, salvo con su defensor, e imponerles medidas de vigilancia especial, dada su alta peligrosidad.<sup>34</sup>

En este párrafo se contienen casi todos los elementos del derecho penal preventivo: la segregación y la neutralización de los sujetos; la incomunicación que es la madre de todas las violaciones de los derechos humanos y la ideología de la “alta peligrosidad”, que aunque pueda ser cierta en algunos casos, viene como anillo al dedo para aplicárselas a los líderes de los movimientos populares, como sucedió en el caso de

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 31.

los líderes de la APPO, que fueron trasladados a centros de reclusión muy alejados de sus lugares de origen y de sus familiares. Hasta parece que se tomó como modelo para redactar este artículo.

## IV. El ingrediente ideológico garantista

Todo el proyecto de reformas pretende presentarse como una conquista del galantismo, mediante el cual pretende encubrir la permisión de crasas violaciones a muchos de los derechos humanos, en la propia Constitución. Con ello se pretende utilizar la teoría del galantismo penal en una ideología que justifique y oculte dichos retrocesos y peligros del estado policiaco de derecho. Pero como toda ideología, sólo toma en cuenta algunos aspectos de la teoría, abstrayendo otros, justamente los que no puede utilizar para sus maniobras de ocultamiento. Este ha sido siempre, me parece el proceder de las ideologías, la abstracción del derecho natural.<sup>35</sup>

Baste citar como ejemplo, la consideración de que en la reforma se reconoce, por primera vez a nivel constitucional, el principio de presunción de inocencia, sólo para algunos casos, pero lo que se excluye, cada vez más notoriamente, es el principio de jurisdiccionalidad que es más general que aquél que depende de éste. Tal vez, en otro tipo de trabajo, pueda hacerse un estudio detallado sobre el supuesto “proceso acusatorio” con cada uno de los axiomas del garantismo penal de Ferrajoli.<sup>36</sup> Por el momento, antes de exponer las conclusiones, nos gustaría recordar, que el desprestigio no debe ser para el galantismo, pues, así como las teorías, al abstraerse se convierten en ideologías, también las ideologías, al concretarse, se redeterminan en teorías nuevamente.<sup>37</sup>

## V. Conclusiones

Podemos recapitular esta exposición, diciendo que el estado de mera prevención penal que se manifiesta en la vigilancia, la segregación y las medidas de seguridad, se realiza en la reforma constitucional en materia judicial, en los términos que plantea Ferrajoli: antes del juicio como ampliación de los efectos de la prisión preventiva y la disminución de los requisitos de procedencia; antes del delito como la función preventiva de la policía, en la investigación de delitos de autor como la delincuencia

<sup>35</sup> “[...] podemos considerar al derecho natural como el proceso histórico de transformación de la crítica en ideología, y de la ideología en crítica, mediante la abstracción teórica de sus conceptos”, Arturo Berumen, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, México, Cárdenas, 2000, p. 9.

<sup>36</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 93.

<sup>37</sup> Arturo Berumen, *La ética jurídica...*, *op. cit.*, p. 9.

### Sección Doctrina

organizada y antes de la pena, como las medidas de segregación y de incomunicación para el caso de la delincuencia organizada, entre otros delitos.

Se crean dos subsistemas de derecho penal: un proceso acusatorio que se pretende garantista y un derecho penal de policía. Nos atrevemos a predecir que éste último colonizará al primero, sobre todo cuando se aplique, con toda su amplitud a criminalizar como delincuencia organizada a los movimientos populares que resistan, civilmente, a las medidas antipopulares de los gobiernos neoliberales. El subsistema garantista se convertirá, entonces, en una ideología que justifique al subsistema del estado de derecho policíaco, pero dicha ideología, debe ser también el punto de partida para construir un genuino sistema penal garantista, cuando la sociedad civil recupere, comunicativamente, la democracia y los derechos humanos.

## Bibliografía

- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. trad. Álvaro Bunster, México, Siglo XXI Editores, 1998.
- Berumen, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. México, INACIPE, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Apuntes de filosofía del derecho*. México, Cárdenas, 2000.
- \_\_\_\_\_. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. México, Cárdenas, 2000.
- Cárdenas, Rioseco, Raúl. *La prisión preventiva en México*. México, Porrúa, 2004.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del 11 de diciembre de 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Ibáñez, Madrid, (España), Trotta, 1997.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del derecho*. Trad. Eduardo Vásquez, Madrid Biblioteca nueva, 2000.
- Kundera, Milan. *El libro de la risa y del olvido*. México, Seix Barral, Trad. Fernando Valenzuela, 1987.
- Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Trad. Jorge F. Malem, Barcelona, (España), Ariel, 1998.