

**Seguridad, medidas extraordinarias
y derechos humanos.
Mito y necesidad de un régimen
especial en México**

Ana Dulce Aguilar García y Guadalupe Barrera Nájera

Ana Dulce Aguilar es abogada por la Escuela Libre de Derecho en México, D. F. y maestra en derechos humanos por la Universidad de Europa Central en Budapest, Hungría.

Guadalupe Barrena Nájera es doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México. Tiene estudios de maestría por la Universidad Centro Europea (CEU) y de licenciatura por la UNAM.

Legitimidad de normas de excepción

El ejercicio del monopolio de la fuerza es un elemento fundacional de toda organización política que tiene por régimen la democracia constitucional. La monopolización de la violencia por parte del Estado ofrece seguridad básica a la sociedad, pues la defensa de la comunidad abarca el mantenimiento del orden público. La protección de este orden, dice Andrés Sajó, incluye el riesgo de que quienes detentan el poder recurran a la utilización de ese argumento como pretexto para preservar su propio poderío.¹

La construcción de todo orden constitucional conlleva la presunción de riesgo de un ataque en contra de éste, pero tal presunción no es concluyente. Es una consideración que se fundamenta en suposiciones de costo social. En este sentido, la seguridad es costosa, pero también, desde el punto de vista constitucional y desde una perspectiva de legitimidad democrática, las restricciones y violaciones a los derechos fundamentales generan costos sociales.²

La regulación de las normas de excepción sin una declaratoria formal de excepción constituye un problema que impacta directamente a las situaciones de normalidad. Las medidas de excepción fundadas en el requisito de efectividad admiten desde un principio una fuerte presunción en contra de su permisibilidad, puesto que ello, junto con la falta de transparencia administrativa, puede afectar de manera importante a personas inocentes que no pueden protegerse por las vías normales.³

¹ Andrés Sajó, "From militant democracy to the preventive state?", en *Cardozo Law Review*, vol. 27, núm. 5, Nueva York, 2006, pp. 2282 y 2283, disponible en <<http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-5/SAJO.WEBSITE.pdf>>, página consultada el 9 de septiembre de 2014.

² *Ibidem*, p. 2290.

³ *Ibidem*, p. 2270.



Sin embargo, ante esa posibilidad de desastre o amenaza, mientras más preparado constitucionalmente esté un Estado, habrá mayor posibilidad de contar con mejores controles frente a la probabilidad de que surjan abusos administrativos y judiciales. En todo caso, las normas de excepción deben ser claras en cuanto a los supuestos y las competencias de decisión y ejecución.

El transgresor como enemigo del Estado: terrorismo, delincuencia organizada y delito común

El paradigma del riesgo, la necesidad de garantizar la seguridad y la función del derecho penal, así como la normatividad administrativa para lograr estos fines se extienden en un continuo cuyos objetivos pueden interpretarse a partir de tres ópticas: la del castigo por los hechos sucedidos, la de neutralización del enemigo o la de prevención de una conducta cuya gravedad justifica tomar medidas que impidan que un acto ocurra. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 hicieron de este paradigma la regla en muchas democracias liberales, las cuales decidieron adoptar medidas especiales para combatir el terrorismo, incluyendo cambios en la regulación de cuatro áreas principales: *a)* los mecanismos de privación de libertad e interrogación coaccionada, *b)* los mecanismos de inteligencia financiera, *c)* las medidas de inteligencia contra la privacidad y *d)* la regulación de la libertad de expresión.⁴

Un segundo bloque de regulación corresponde a los grupos de delincuentes organizados. Cabe señalar que con gran cercanía a los ataques de 2001, a nivel mundial se adoptó un régimen especial –del que México es parte– para la delincuencia organizada transnacional, incluyendo la regulación para prevenir la trata de personas y de migrantes.⁵ A diferencia del terrorismo, la delincuencia organizada se define internacionalmente por su finalidad de lucro, sin importar el fin político como ocurre con los grupos terroristas. Aunque existen obvias conexiones entre ambos grupos –de terroristas y de delincuentes organizados–, la separación de sus ámbitos materiales es necesaria para establecer adecuadamente las reglas que les son aplicables a cada uno.

⁴ Laura K. Donohue, *The cost of counterterrorism. Power, politics and liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 158.

⁵ Decreto promulgatorio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de noviembre de 2003 [en lo sucesivo se referirá como Convención de Palermo].

Una tercera fuente de normatividad es la regulación formal del régimen de excepción.⁶ Para hacer frente a las amenazas contra la supervivencia del Estado, algunos regímenes han optado por la suspensión de algunos derechos constitucionales y la declaración de estados de excepción.

La existencia de medidas contra el terrorismo o la delincuencia organizada puede o no hacerse acompañar de medidas fuera del régimen de normalidad constitucional, de modo que los tres campos de regulación pueden convivir en un mismo momento. Desde 1996 México ha adoptado un régimen agresivo de regulación de la delincuencia organizada y después de la reforma constitucional de 2008 éste se ha recrudecido. Las medidas que se entienden son aplicables a este tipo de delincuencia, también lo son para la prevención y el castigo del terrorismo. Formalmente, sin embargo, nuestro país no ha declarado el empleo de medidas de excepción. El conjunto de disposiciones vigentes para atacar el riesgo contra la seguridad dota al Poder Ejecutivo federal de un amplio dominio.

Excepción, emergencia, medidas extraordinarias y extralegales

Los terroristas y delincuentes organizados tienen en común que representan una amenaza para la supervivencia del Estado. Al respecto, la frase “para mis amigos justicia y gracia; para mis enemigos justicia a secas” –a menudo atribuida a Porfirio Díaz– introduce el dilema de aplicar o no el Estado de derecho frente a quienes amenazan su existencia. ¿Merece la neutralización y eliminación del enemigo del Estado la suspensión del Estado de derecho? ¿Merecen los enemigos del Estado la aplicación del Estado de derecho? Estas preguntas parecerían fútiles si la excepcionalidad del enemigo no fuera una tradición arraigada en las democracias liberales.

A pesar de la dificultad de su definición, en términos estrictos podemos señalar que el *estado de excepción* es opuesto al *estado de derecho*. Es la respuesta del sistema jurídico a una situación de hecho extraordinaria.

Quien tiene la calidad de soberano puede declarar el estado de excepción,⁷ el cual se formaliza a través de suspender la aplicación de partes del sistema jurídico, en nuestro caso con la suspensión de las garantías del artículo 29 constitucional. Mucho más interesante que la suspensión de garantías –por la forma jurídica adoptada– es la respuesta *informal* que da el Estado mediante acciones *extraordinarias*. En los últimos años, el caso más visible es el campo

⁶ Giorgio Agamben, *State of Exception*, Londres, University of Chicago Press, 2005.

⁷ Citado en Giorgio Agamben, *op. cit.*, sec. 1.1.



de detención de Guantánamo, que es resultado de autorizar la detención de manera indefinida de personas sospechosas de haber participado en la ejecución o planeación de un acto terrorista, con la denominación de *combatiente enemigo*, eludiendo así las condiciones que el derecho humanitario impone para el trato con prisioneros de guerra.⁸ Además, el procurador general tiene facultades para detener por hasta siete días a personas extranjeras sospechosas de atentar contra la seguridad nacional.⁹ Estas medidas se han adoptado al amparo del derecho humanitario, por un lado, y sin derogaciones de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, por otro. Es decir, han adoptado un *estado de excepción informal* que, para evitar confusiones, llamaremos *extralegal*. En los años recientes, la proliferación de medidas similares en las democracias modernas está bien documentada, al igual que su efecto debilitante para los regímenes democráticos.¹⁰

El carácter extralegal de las medidas empleadas depende de su extracción deliberada del orden jurídico, por considerarlas propias de un estado de necesidad, el cual describe la posibilidad de que ciertas providencias no deban ser medidas con la vara del Estado de derecho. Para la discusión del caso mexicano es importante tener en mente esta connotación. La necesidad de adoptar medidas para la satisfacción de un estado de necesidad de defensa del Estado se relaciona con un paradigma importante del constitucionalismo democrático: la *democracia militante*, concepto que guarda cierto parentesco con la idea de un derecho penal del enemigo, que es distinto del derecho penal del ciudadano.

Las medidas para enfrentar una amenaza se han revestido con frecuencia de la retórica sobre *un enemigo*, aquél que se debe combatir, neutralizar, destruir. En años recientes, después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, la *guerra contra el terrorismo* frecuentemente se ha asociado a la idea de un estado de excepción que se prolonga en el tiempo. En este documento abordaremos las herramientas jurídicas de la *guerra contra el crimen organizado*.¹¹ Al respec-

⁸ David Cole, "Guantanamo, 10 years and counting", en *The Nation*, 4 de enero de 2012, disponible en <<http://www.thenation.com/article/165443/guantanamo-ten-years-and-counting>>, página consultada el 9 de septiembre de 2014.

⁹ USA Patriot Act, Public Law 107-56, OCT. 26, 2001, 115 STAT. 351 SEC. 412 Mandatory detention of suspected terrorists; *habeas corpus*; judicial review.

¹⁰ International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra, International Commission of Jurists, 2009, disponible en <<http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/icj/icj-2009-ejp-execsumm.pdf>>, página consultada el 9 de septiembre de 2014.

¹¹ Presidencia de la República, "En la guerra contra la delincuencia no habrá tregua ni cuartel: Presidente Felipe Calderón", 12 de septiembre de 2008, disponible en <<http://www.presidencia.gob.mx/2008/09/en-la-guerra-contra-la-delincuencia-no-habra-tregua-ni-cuartel-presidente-felipe-calderon/>>. El término ha sido sustituido en los últimos años por *lucha por la seguridad*.

to cabe señalar que aunque la aplicación del paradigma de democracia militante al control del terrorismo ha sido objeto de cierto debate, mantendremos aquí la clasificación de medidas propuestas por Andrés Sajó.¹²

El término *democracia militante* –de Karl Loewenstein– alude a la necesidad de tomar medidas para evitar el ocaso de la democracia ante al fascismo: “[s]i la democracia no está aún convencida de que ha cumplido su destino, debe combatir en su propio plano una técnica que sirve solamente los fines del poder [el fascismo]. La democracia debe volverse militante”.¹³ Entonces, la *militancia de la democracia* se entiende tradicionalmente como las medidas jurídicas que la democracia adopta para cerrar paso a sus *enemigos*.¹⁴ En el mismo sentido, la democracia militante es un compromiso textual de la Ley Fundamental alemana: “la Constitución [...] ha decidido en favor de la ‘democracia militante’ que no permite el abuso de los derechos fundamentales, ni ataques al orden liberal del Estado. No se debe permitir a los enemigos de la Constitución poner en peligro, limitar o destruir la existencia del Estado al tiempo que reclaman los derechos concedidos por la Ley Fundamental.”¹⁵

Es posible verificar el control del terrorismo mediante la aplicación de medidas de la democracia militante, que excluyen del proceso político a algunas personas o grupos. La supresión de los partidos políticos o la prohibición de expresar ciertas ideas pueden ser opcionales. Del mismo modo, el empleo del derecho penal para imponer como sanción la pérdida de la nacionalidad puede considerarse como otra medida de democracia militante. El compromiso textual de este tipo de democracia en la Ley Fundamental alemana ha acompañado diversas decisiones en materia de escuchas secretas dentro de la seguridad nacional.¹⁶

Con cierta cercanía respecto de la idea de la defensa de las instituciones, el derecho penal del enemigo es un marco conceptual que posibilita distinguir el conjunto de disposiciones del derecho penal sustantivo y adjetivo para tratar asuntos concernientes a la seguridad del Estado –incluyendo el terrorismo y la

¹² Andrés Sajó, *op. cit.*

¹³ Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights I*, 31 Am. Pol. Sci. Rev. 417, 1937, p. 423.

¹⁴ La doctrina de la democracia militante permeó hasta la Ley Fundamental alemana: “En ese entorno, sin duda alguna, se encuentra excluido el que la misma Constitución, que convirtió indiscutiblemente a la República Federal Alemana, luego de la amarga experiencia con la democracia de Weimar, en una democracia fuerte, ofrezca el entregar ese Estado, con ayuda del artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, a sus enemigos”. Véase Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia BVerfGE 39, 334, Acceso de extremistas a la función pública, Sentencia de la Segunda Sala del 22 de mayo de 1975, BvL 13/73, citada en Jürgen Schwabe, *Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 163.

¹⁵ 30 BVerfGE 1, 19-20 (1970), citado en Russell A. Miller, “Balancing Security and Liberty in Germany”, en *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 4, 2010, p. 378.

¹⁶ *Idem.*



delincuencia organizada– frente al régimen del derecho penal del ciudadano.¹⁷ Cualquiera que sea nuestra posición ante la noción de separar conceptualmente las medidas del delito común de las medidas del delito excepcional, Günther Jakobs destaca el riesgo de la contaminación de los regímenes penales y señala que: “la introducción de un cúmulo –prácticamente inabarcable ya– de líneas y fragmentos de derecho penal del enemigo en el derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho”.¹⁸

En México, el avance en torno a la regulación de facultades extraordinarias para el control del crimen se ha caracterizado por la expansión del *derecho penal del enemigo* y su invasión en el ámbito del derecho penal general.

Las implicaciones de la reforma de 2008

Como resultado de la reforma constitucional de junio de 2008, en materia de seguridad y debido proceso se aprobaron las medidas de arraigo, la extinción de dominio y la introducción de comunicaciones entre particulares en el proceso penal.¹⁹

a) *Ámbito material de aplicación de medidas extraordinarias*

Existen ciertos elementos de preocupación con respecto al compromiso del constituyente y el legislador para restringir los poderes especiales conferidos a las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley en materia de delincuencia organizada.

Una de las preocupaciones es que la definición establecida a nivel constitucional del concepto *delincuencia organizada* admite solamente tres parámetros:

1. una organización de hecho
2. de tres o más personas,
3. para cometer delitos en forma permanente o reiterada [...].²⁰

¹⁷ Günther Jakobs y Manuel Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

¹⁸ Günther Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio, *op. cit.*, p. 48.

¹⁹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

²⁰ *Ibidem*, artículo 16, noveno párrafo.

Por su parte, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece que se considerará como tal:

1. Cuando tres o más personas se organicen de hecho
2. para realizar, en forma permanente o reiterada,
3. conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes,
4. serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:²¹

Estas definiciones contrastan por la causa de la penalización. La Ley explícita señala que la sanción en materia de delincuencia organizada se debe aplicar cuando se realicen conductas no autónomamente delictivas, sino “conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos” señalados en la ley.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional estipula como elementos de la definición de *grupo delictivo organizado*.²²

1. grupo estructurado de tres o más personas
2. que exista durante cierto tiempo
3. y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, [con penas de cuatro años de prisión o superiores]
4. [...] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

Asimismo ofrece otra definición para distinguirla del grupo estructurado:

1. No formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y
2. en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.²³

²¹ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996; última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2014, [en lo sucesivo LFCD] artículo 2º, primer párrafo.

²² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/55/25, el 15 de noviembre de 2000, artículo 2º, inciso a.

²³ *Ibidem*, artículo 2º, inciso c.



Es decir, la existencia de un grupo delictivo organizado requiere que no sea fortuita, y no es necesario que tenga funciones explícitamente distribuidas entre sus miembros o una organización formal. Sin embargo, sí precisa que exista durante cierto tiempo, que actúe concertadamente para cometer alguno de los delitos incluidos en la Convención y que busque obtener un lucro por estos actos.

Las definiciones de la Convención son distintas de las de la LFCDO porque ésta no señala que sean requisitos la existencia en el tiempo ni la finalidad. La Convención restringe la aplicación de las medidas especiales de investigación, en tanto que éstas incluyen el embargo preventivo y el decomiso de bienes producto del delito, y prevé la *entrega vigilada* como técnica de investigación especializada.

Aunque las medidas extraordinarias de investigación estén incluidas en la Convención de Palermo, es este propio instrumento el que limita su aplicación: “[s]iempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado adoptará [...] las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, *cuando lo considere apropiado*, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica [...] y operaciones encubiertas”.²⁴ El lenguaje del tratado no requiere partes de la adopción de otra medida que la entrega vigilada.

Desde 1996, la legislación en la materia ha dispuesto la posibilidad de reservar las actuaciones de la averiguación previa, permitiendo a la persona imputada solamente el acceso a aquéllas relacionadas con los hechos que se le atribuyen.²⁵ Además, la ley permite que esté reservada la identidad de las y los testigos, hasta el momento en que se ejerza la acción penal;²⁶ el cateo mediante autorización judicial;²⁷ la intervención de comunicaciones privadas, a solicitud del procurador o del titular de la unidad especializada en delincuencia organizada;²⁸ el aseguramiento (embargo precautorio) de bienes,²⁹ y los beneficios por la colaboración de personas sujetas a investigación, imputadas o sentenciadas.³⁰

²⁴ *Ibidem*, artículo 20, numeral 1.

N. de E.: La cursiva es énfasis de las autoras.

²⁵ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 13.

²⁶ *Ibidem*, artículo 14.

²⁷ *Ibidem*, artículo 15.

²⁸ *Ibidem*, artículo 16.

²⁹ *Ibidem*, artículo 29.

³⁰ *Ibidem*, artículo 35.

El avance de las medidas extraordinarias

Con la miscelánea penal de 2008 –aprobada como consecuencia del nuevo marco constitucional– se posibilitó el ingreso de medidas extraordinarias a la legislación general. El Código Federal de Procedimientos Penales admitió la reserva absoluta de las averiguaciones previas y de los documentos en éstas contenidos.³¹ Además, la competencia de la policía federal se amplió para asistir al Ministerio Público en sus investigaciones, lo que le permitió la verificación autónoma de las denuncias anónimas.³² Asimismo, se aprobó el arraigo domiciliario para delitos graves por hasta 40 días;³³ se estableció que el momento en que comienza a correr el plazo constitucional de retención ante el Ministerio Público es a partir de su puesta a disposición formal y material –es decir, no en el momento en que se ejecuta la orden de aprehensión o se le aprehende en flagrancia, sino cuando la persona es llevada frente al agente del Ministerio Público, abriendo un gran espectro de tiempo sin vigilancia ni supervisión en manos de los agentes de la policía federal o agentes de investigación–;³⁴ se incluyó además una serie de procedimientos sin control judicial, por ejemplo respecto de peritajes sobre objetos que se consuman antes de que la defensa pueda examinarlos,³⁵ el empleo de comunicaciones entre particulares como prueba,³⁶ el efecto de la recompensa en la valoración de la prueba³⁷ y la presunción en favor del valor probatorio de los materiales que resulten afectados tras la conducción de los peritajes.³⁸

La regulación de la delincuencia organizada se recrudecería al introducirse las figuras de testigos encubiertos³⁹ y el arraigo.⁴⁰

El avance de los medios extraordinarios de investigación se confirma con la incorporación del Código Federal de Procedimientos Penales reformado en el proyecto del Ejecutivo. En éste se incluyen las operaciones encubiertas y entregas vigiladas.⁴¹ El ingreso de dichas medidas al régimen procesal ordina-

³¹ Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 1934; última reforma publicada el 29 de diciembre de 2014, artículo 16.

³² *Ibidem*, artículo 113.

³³ *Ibidem*, artículo 113 *bis*.

³⁴ *Ibidem*, artículo 193 *Ter*.

³⁵ *Ibidem*, artículo 137.

³⁶ *Ibidem*, artículo 278 *bis*.

³⁷ *Ibidem*, artículo 285.

³⁸ *Ibidem*, artículo 289 *bis*.

³⁹ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 11 *bis*.

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 12.

⁴¹ Iniciativa del Ejecutivo federal con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 22 de septiembre de 2011, artículos 312 y 311, respectivamente.



rio implica la emisión de mensajes contradictorios respecto de los incentivos institucionales para la investigación del delito. Como se verá más adelante, la persecución del delito de delincuencia organizada no llega a un tercio de la persecución penal en el fuero federal. La eliminación de estos muros de separación es técnicamente incorrecta y puede resultar contraproducente al mezclar los incentivos institucionales.

Medios extraordinarios de investigación y desempeño de las instituciones

En enero de 2009 comenzaron a operar los tribunales especializados en materia de arraigo, cateo e intervención de comunicaciones,⁴² sin embargo, desde su surgimiento puede constatarse el empleo poco frecuente de las medidas especiales de investigación. El fuero federal en un año consigna penalmente alrededor de 30 000 personas. De 2009 a 2011, las órdenes de arraigo no llegaron a 1 500, y la intervención de comunicaciones no superó las 400, ni combinando todas las autoridades facultadas para solicitarlas. Con base en lo anterior, en esta sección se harán algunas anotaciones respecto del empleo de dichas medidas y la eficacia de la persecución penal en el fuero federal.

Arraigo. Después de constitucionalizar la medida de arraigo y del establecimiento de los jueces de control, el Poder Judicial federal reportó un total de 1 410 órdenes de arraigo libradas del 5 de enero de 2009 al 13 de octubre de 2011.⁴³ Del total de órdenes libradas se negaron 310 amparos y se concedieron solamente 14, es decir, uno por cada 100 órdenes libradas.⁴⁴

Intervención de comunicaciones. Desde enero de 2009 y hasta el 8 de noviembre de 2011, los juzgados especializados han emitido un total de 234 órdenes de intervención de comunicaciones en favor de la Procuraduría General de la República (PGR), distribuidas de la siguiente manera:

⁴² Véase Acuerdo General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean juzgados federales penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2008, disponible en <dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5072240&fecha=04/12/2008>, página consultada el 22 de septiembre de 2014.

⁴³ Solicitud de información pública al Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Especializado en materia de Arraigo, Cateo e Intervención de Comunicaciones, folio F428053.

⁴⁴ Solicitudes de información pública al Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Especializado en materia de Arraigo, Cateo e Intervención de Comunicaciones, folios F 4280407 y F 4280390.

Cuadro 1. Órdenes de intervención de comunicaciones solicitadas por la PGR, 2009-2011⁴⁵

Juzgado	Órdenes
1	56
2	10
3	45
4	16
5	96
6	11

Otra de las autoridades facultadas para solicitar la intervención de comunicaciones privadas es el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (Cisen), según la Ley de Seguridad Nacional.⁴⁶ Asimismo, la Policía Federal (PF) puede solicitar la intervención de comunicaciones a partir de la emisión de la nueva Ley de la Policía Federal⁴⁷ en 2009. Estas instituciones han solicitado el siguiente número de intervenciones:

Cuadro 2. Número de solicitudes de intervención de comunicaciones privadas del Cisen y la PF⁴⁸

Año	Cisen	PF
2005	4	-
2006	16	-
2007	16	-
2008	19	-
2009	17	6
2010	15	13
2011	26	10

En el cuadro anterior puede observarse que el Cisen ha solicitado, en siete años, 113 intervenciones de comunicaciones, mientras que la Policía Federal ha requerido 29 intervenciones desde junio de 2009 a 2011.

⁴⁵ Solicitud de información pública al Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Especializado en materia de Arraigo, Cateo e Intervención de Comunicaciones, folio 12609.

⁴⁶ Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005, artículo 34.

⁴⁷ Ley de la Policía Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009; última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011.

⁴⁸ Solicitud de información pública al Cisen folio 0410000024911 24; solicitud de información pública a la PF folio 4131000073911.



Asimismo, del 1 de diciembre de 2006 a 2010, la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) –hoy Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO) de la PGR–, reportaba la siguiente actividad:⁴⁹

Cuadro 3. Actos procesales previos al auto de término constitucional (1 de diciembre de 2006-31 de enero de 2010)

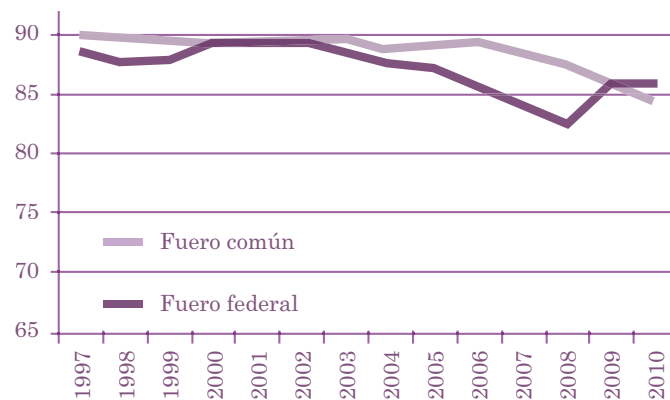
Acto	Resultado	Número
Aprehensión	Solicitadas	1 516
	Concedidas	1 381
Arraigo	Solicitadas	1 499
	Concedidas	1 423
Detenciones		6 014
Consignaciones		8 705

Los datos del cuadro 3 son escasos pero reveladores. Puede observarse que en el fuero federal, durante los tres años que se reportan, siete de cada diez personas que llegaron a la presencia de alguna jueza o algún juez (8 705 personas), lo hicieron mediante una detención sin orden de arraigo o aprehensión (6 014 personas). Sin descartar la posibilidad de que las y los detenidos hayan estado sujetos, además, a una medida de arraigo, es interesante ver que la investigación de delincuencia organizada refiere un número alto de detenciones en flagrancia –esto a pesar de la existencia de medios especiales de investigación disponibles para la autoridad. Puede observarse también que la tasa de órdenes de aprehensión solicitadas y concedidas (91.1%) es apenas superior a la de órdenes de arraigo solicitadas por el total de concedidas (94.9 por ciento).

El comportamiento que refleja el cuadro 3 refiere únicamente el trabajo de la entonces SIEDO. En el marco más amplio del fuero federal se observa lo siguiente:

⁴⁹ PGR, solicitud de información pública folio 0017000008811, respuesta del 11 de febrero de 2011, disponible en <http://www.sisi.org.mx/jsp/documentos/2011/seguimiento/00017/0001700008811_065.PDF>, página consultada el 15 de septiembre de 2014.

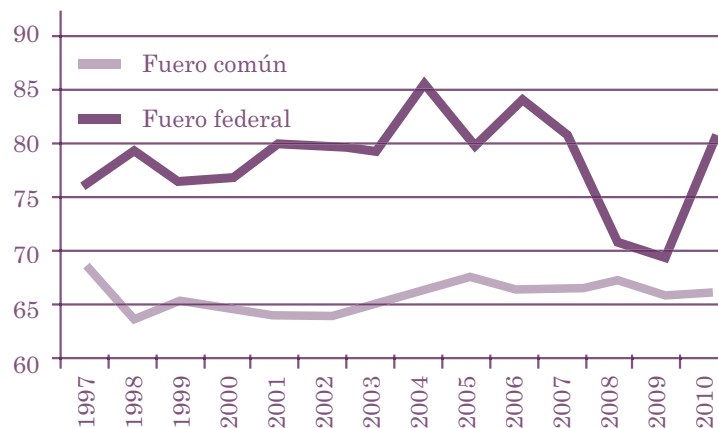
Gráfico 1. Autos de sujeción a proceso por cada 100 consignaciones



En el gráfico anterior se puede ver que por cada 100 personas que fueron presentadas ante una jueza o un juez penal, los agentes de los ministerios públicos locales lograron usualmente más autos de sujeción a proceso (en libertad o en prisión preventiva) que los agentes federales. Tan sólo en 2009 y 2010 se apreció una modificación en esta tendencia. En cualquier caso, por cada 100 personas que fueron presentadas ante alguna jueza o algún juez, en la gran mayoría de los años se procesó de 85 a 90 de ellas.

La relación de consignaciones y autos de término constitucional fue mucho más errática si se compara con la de personas consignadas y sentenciadas cada año en los fueros común y federal:

Gráfico 2. Personas condenadas por cada 100 personas consignadas



En este gráfico puede verse que desde 1997 el fuero local condenó a una proporción relativamente estable de las personas que se consignan: 66.1 por ciento. Se aprecian algunos movimientos en la línea, pero la relación es generalmente estable. En el fuero federal, por el contrario, se observa un rango que va por

encima de 85% y por debajo de 70 por ciento. Es importante señalar que de 2006 a 2009 en el fuero federal se tiene un declive marcado en la relación consignación-condena, que apenas comenzó a revertirse en 2010.

Estos datos aportan poca información sobre la calidad de la labor de las instituciones, pero permiten plantear preguntas sobre la razón de esta marcada diferencia entre el fuero local y federal. Debido a que las consignaciones de un periodo no necesariamente se resuelven durante éste, es difícil proponer conclusiones firmes sobre estos datos. Se puede observar en los gráficos 1 y 2 que el fuero común concedió en más casos autos de sujeción a proceso –en libertad o prisión preventiva– que el fuero federal. Pero el fuero federal logra más condenas por año respecto de las consignaciones formuladas que el fuero local.

Finalmente, cabe señalar que hasta abril de 2011 la PGR reportaba cuatro demandas de extinción de dominio.⁵⁰

Seguridad *versus* derechos humanos

Como se comentó con anterioridad, la respuesta legislativa para hacer frente a la *amenaza* parte de las disposiciones existentes desde hace tiempo que dan trato a los *criminales peligrosos* como si fueran narcotraficantes, lavadores de dinero y pederastas.⁵¹ Desde los ataques terroristas en Estados Unidos y Europa al inicio del milenio, las políticas públicas han sido dirigidas a la atención de aspectos de seguridad y las medidas adoptadas han tenido un efecto directo en el derecho penal sustantivo y procesal.⁵²

Desde el argumento de *amenaza a la seguridad*, el sistema ordinario de justicia penal en su conjunto ya no parece suficiente para hacer frente al peligro. Los desafíos al derecho a un juicio justo y otros derechos humanos bajo el esquema de protección a la seguridad es un fenómeno global no reciente pero sí latente.

En México, a partir de la reforma constitucional de 2008 –que prevé las disposiciones que endurecen la aplicación de las normas de derecho penal cuando los delitos imputados están relacionados con delincuencia organizada– se insiste

⁵⁰ Solicitud de información a la PGR 0001700015611, 22 de marzo de 2011, disponible en <http://www.sisi.org.mx/jspsi/documentos/2011/seguimiento/00017/0001700015611_065.PDF> página consultada el 15 de septiembre de 2014.

⁵¹ Andrés Sajó, *op. cit.* p. 2266.

⁵² Elies Van Sliedregt, "European approaches to fighting terrorism", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010, p. 413, disponible en <<http://bit.ly/1qL0Grx>>, página consultada el 11 de septiembre de 2014.

en la idea de que “[...] la gravedad del problema reclama mayores restricciones de garantías”.⁵³

Así, la concesión de poderes especiales a las instituciones públicas –o la falta de claridad en sus competencias– en materia de seguridad ha representado problemas de aplicación que evidencia los abusos constantes a los derechos fundamentales.

En la situación actual de violencia, las restricciones constitucionales a derechos sólo son aceptables si son razonables y necesarias. Lo que no es aceptable es utilizar el pánico como discurso político con fines electorales, o como forma para evitar la rendición de cuentas y responsabilidad por parte de las autoridades gubernamentales.⁵⁴

La supuesta necesidad de trueque entre la seguridad y los derechos fundamentales no es clara. Identificar de manera precisa los problemas que ponen en riesgo la seguridad de la comunidad permitiría ofrecer respuestas racionales concretas a dicha situación. El asunto es que, hasta el momento, las autoridades no han demostrado fehacientemente la necesidad de aplicar normas y medidas extraordinarias, ni tampoco han evaluado su efectividad de forma nítida.

Con diagnósticos oportunos y evaluaciones postaplicación de políticas públicas en materia de seguridad podrían identificarse las situaciones problemáticas específicas que no requieren de restricciones de derechos, o las reformas legislativas de excepción que típicamente resultan en el aumento de las penas.

Parece que estamos jugando con la posibilidad de convertir situaciones de arbitrariedad en condiciones de vida diaria que no notamos ya. Las restricciones no son normales aunque puedan ser legítimas.

Por eso, es necesario generar mecanismos constitucionales más responsivos hacia los derechos humanos. “Siempre hay que tener en cuenta que un Estado constitucional que prevea la autodefensa permanecerá dentro de los límites del paradigma constitucional sólo si es capaz de excluir conceptual e institucionalmente el abuso de oportunidades para restringir derechos, o de manera más realista, manteniendo esos abusos dentro de límites racionales.”⁵⁵

⁵³ Gustavo Fondevila y Alberto Mejía Vargas, *Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 18, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/pjn/pjn3.pdf>>, página consultada el 11 de septiembre de 2014.

⁵⁴ Andrés Sajó, *op. cit.*, pp. 2263-2264.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 2257 y 2258.



La presunción de inocencia, las normas de excepción y los derechos en juego

Uno de los derechos que es más comúnmente violado con disposiciones de excepción es la presunción de inocencia. Este principio significa esencialmente dos cosas: 1) Como derecho, el que tiene una persona sujeta a proceso penal a ser considerada como inocente hasta que se declare su culpabilidad por sentencia; y 2) como regla de evidencia, que impone la carga de la prueba a la parte acusadora.

El artículo 20 constitucional, apartado B, sobre los derechos del imputado, establece:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

Asimismo, el apartado A del artículo 20, aborda el principio de presunción de inocencia, como regla de evidencia y señala que:

- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal [...]

A nivel comparado, cuando se trata de terrorismo o delincuencia organizada no es raro que se establezcan disposiciones legales que técnicamente revierten la carga de la prueba hacia la persona imputada, ni que a menudo éstas sean nulificadas por cortes constitucionales puesto que violan la presunción de inocencia. Sin embargo, dichos tribunales han reconocido que se pueden imponer cargas de prueba a las y los imputados, lo que no necesariamente significa la reversión total de la carga de la prueba, y por lo tanto no se viola la presunción de inocencia.⁵⁶

Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia reconoce el principio de la carga dinámica de la prueba y señala que para casos de extinción de dominio

⁵⁶ Véanse Sliedregt, *op. cit.*, p. 423; Deepak Gupta, "Republic of South Africa's Prevention of Organized Crime Act: A comparative bill of rights analysis", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 37, Cambridge, 2002, p. 177, disponible en <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol37_1/gupta.pdf>; C. Hamilton, "The Presumption of Innocence in Irish Criminal Law: Recent Trends and Possible Explanations", en *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2011, p. 4, disponible en <<http://ijls.ie/2011/08/08/the-presumption-of-innocence-in-irish-criminal-law-recent-trends-and-possible-explanations/>>, páginas consultadas el 14 de septiembre de 2014.

éste es aplicable, lo que significa que “corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo”. Así, la acción de comprobar el origen lícito de los bienes afectados sería un modo legítimo de revertir la carga de la prueba. No obstante, el mismo tribunal ha enfatizado que no aplicar la presunción de inocencia en este caso no significa que el Estado no debe ejercer todas las actividades necesarias para comprobar el origen ilícito de los bienes.⁵⁷

En el sistema jurídico mexicano encontramos disposiciones constitucionales y legales –el arraigo– y prácticas –la presentación de personas detenidas ante medios noticiosos– que, de hecho, ubican a las personas afectadas en una posición que les significa probar su inocencia y les dificultan el ejercicio del derecho a una defensa adecuada; y no existen criterios judiciales que contrarresten estas dificultades.

En el caso del arraigo, por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal identificó una serie de violaciones al debido proceso que no son atendidas por los tribunales debido a defectos en la cadena procesal que impiden una protección efectiva de las personas perjudicadas.⁵⁸

Así, la imposibilidad –o la negligencia– en el estudio de la legalidad de ciertas actuaciones de la policía y el Ministerio Público –como por ejemplo la ausencia de control judicial de las detenciones y los cambios de situación jurídica que impiden que el juicio de amparo sea un recurso efectivo– provoca una cascada de restricciones a todos los componentes del derecho a un juicio justo, y al derecho a la integridad, seguridad y libertad personales.⁵⁹

Esta realidad cuestiona severamente la efectiva práctica de la presunción de inocencia y otros derechos humanos.

Por ello, cuando se constitucionaliza este tipo de excepciones es fundamental contar con todas las salvaguardas posibles para el trato humano y control estricto sobre la investigación. Si esto no ocurre, nos enfrentamos al riesgo de complicar la protección de un grupo que ha sido *deshumanizado* por el discurso público: “son los malos, contra los malos”.

⁵⁷ Sentencia T-590/09, Bogotá, D. C., 27 de agosto de 2009, disponible en <<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09.htm>>, página consultada el 14 de septiembre de 2014.

⁵⁸ Véase Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Recomendación 2/2011, abril de 2011.

⁵⁹ Véase Mario Ernesto Patrón Sánchez, “Arraigo y Recomendación 2/2011”, en *Dfensor*, año x, núm. 2, febrero de 2012, pp. 16-19.

Normas extraordinarias y función judicial

No es casual que se hayan previsto normas sobre delincuencia organizada dentro de la Constitución. Aparentemente la igual jerarquía dificulta la argumentación en contra de su validez constitucional, pero no la hace imposible.

La seguridad humana es un interés constitucional objetivo que no deroga el control judicial y por ello no es aceptable ni razonable que éste se convierta en un mecanismo meramente formal para proteger a la primera. La suposición de peligro no puede ser la pauta.

El equilibrio no es fácil en las condiciones actuales, pero es posible producir criterios jurisdiccionales que logren lo que la o el legislador no hizo, esto es, generar un marco constitucional y legal que dé respuesta a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Entonces, toda medida que amenace el ejercicio de derechos como el debido proceso, la libertad e integridad personales, etc., debe ser vigilada constitucionalmente con el más alto escrutinio.

Así, las últimas reformas en materia de derechos humanos y amparo parecen ser una respuesta posible a este problema. Si las y los jueces empiezan a considerar la seguridad ciudadana como un derecho –desde el punto de vista de la seguridad humana– y comienzan a integrar en sus decisiones pautas internacionales de derechos humanos, entonces es posible que su función proteja mejor a la ciudadanía de restricciones irracionales, o bien decidan por una restricción razonable cuando sea necesaria.

Observaciones finales

El efecto de la aplicación de medidas extraordinarias debe evaluarse. Aunque no se cuente con información cualitativa para emprender dicha tarea, pueden hacerse algunas observaciones generales:

Primera, si bien la legalidad de las medidas excepcionales de investigación estaba limitada por el régimen constitucional que las adoptó, después de la reforma al artículo 1º de nuestra Constitución se abren oportunidades importantes para que el Poder Judicial valore el conjunto de disposiciones aplicables a estos asuntos, incluyendo el derecho internacional como herramienta de interpretación del texto constitucional. Frente a la ausencia de la derogación de ciertos deberes internacionales aplicables a la protección de la libertad personal, la condición actual de la medida del arraigo es sencillamente ilegal. Otros mecanismos de investigación deben someterse a revisión para instalar los medios de control judicial que sean necesarios.

Segunda, para evaluar la aplicación de las medidas extraordinarias de investigación debe utilizarse información que permita valorar el incremento en la calidad del trabajo de las instituciones de seguridad y justicia, que requiere para su éxito el empleo de estas medidas. De la información presentada aquí, puede apreciarse que el empleo de los recursos de arraigo, intervención de comunicaciones y extinción de dominio, es magro. Atribuir al empleo de estas herramientas una modificación en el desempeño institucional parece lejano.

Como conclusión, puede observarse que la necesidad de atender el riesgo a la seguridad de las personas y del Estado debe hacerse compatible con la existencia del Estado democrático de derecho –o debe renunciarse a dicho paradigma.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *State of Exception*, Londres, University of Chicago Press, 2005.
- András Sajó, "From militant democracy to the preventive state?", en *Cardozo Law Review*, vol. 27, núm. 5, 2006, disponible en <<http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-5/SAJO.WEBSITE.pdf>>, página consultada el 9 de septiembre de 2014.
- Cole, David, "Guantanamo, 10 years and counting", en *The Nation*, 4 de enero de 2012.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Recomendación 2/2011, abril de 2011.
- Donohue, Laura K., *The cost of counterterrorism. Power, politics and liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Fondevila, Gustavo, y Alberto Mejía Vargas, *Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Gupta, Deepak, "Republic of South Africa's Prevention of Organized Crime Act: A comparative bill of rights analysis", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 37, Cambridge, 2002.
- Hamilton, C., "The Presumption of Innocence in Irish Criminal Law: Recent Trends and Possible Explanations", en *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2011.
- International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra, International Commission of Jurists, 2009, disponible en <<http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/icj/icj-2009-ejp-execsumm.pdf>>, página consultada el 9 de septiembre de 2014.



- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- Loewenstein, Karl, *Militant Democracy and Fundamental Rights I*, 31 Am. Pol. Sci. Rev. 417, 1937.
- Miller, Russell A, "Balancing Security and Liberty in Germany", en *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 4, 2010.
- Patrón Sánchez, Mario Ernesto, "Arraigo y Recomendación 2/2011", en *Dfensor*, año x, núm. 2, febrero de 2012.
- Presidencia de la República, "En la guerra contra la delincuencia no habrá tregua ni cuartel: Presidente Felipe Calderón", 12 de septiembre de 2008.
- Schwabe, Jürgen, *Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Sliedregt, Elies Van, "European approaches to fighting terrorism", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010.

Legislación y normatividad

- Acuerdo General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean juzgados federales penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2008, disponible en <dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5072240&fecha=04/12/2008>, página consultada el 22 de septiembre de 2014.
- Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 1934; última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.
- Decreto promulgatorio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de noviembre de 2003.
- Iniciativa del Ejecutivo federal con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 22 de septiembre de 2011.
- Ley de la Policía Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009; última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996; última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2014.

Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005.

USA Patriot Act, Public Law 107-56, OCT. 26, 2001, 115 STAT. 351 SEC. 412
Mandatory detention of suspected terrorists; *habeas corpus*; judicial review.

Solicitudes de acceso a información

Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Especializado en materia de Arraigo, Cateo e Intervención de Comunicaciones, solicitudes de información pública folios F428053, F 4280407, F 4280390 y 12609.

Poder Ejecutivo Federal, solicitudes de información pública folios 0410000024911 24 (Cisen), 4131000073911 (PF), 0017000008811 y 0001700015611 (PGR).

Instrumentos internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/55/25, el 15 de noviembre de 2000, artículo 2º, inciso a.