

470
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANALISIS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA
DELINCUENCIA ORGANIZADA, A LA LUZ DEL
PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OMAR RAFAEL RUIZ CHARRE



CIUDAD UNIVERSITARIA.

1999

0270657



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

Quiero dedicar el presente trabajo con especial amor de hijo a mi Señora madre Adelina Charre de Ruiz cuyo carácter blanco y duro como el mármol, propicio en mi interior el deseo de superarme día tras día y a mi Señor padre Ramón Ruiz López cuya responsabilidad familiar es digna de loa.

Igualmente a mi querida Alma Mater la Universidad Nacional Autónoma de México quién por conducto de la Facultad de Derecho me abrió sus alas culturales para enseñarme a volar sobre los inmensos y hermosos, aunque a veces nebulosos, campos jurídicos, logrando, con ello, que floreciera en mi interior ese sentimiento de amor hacia el derecho que a la fecha me permite, creer en la justicia para que, aun a despecho de los astrólogos, se pueda cambiar el rumbo de las estrellas.

Por otro lado vaya el presente trabajo, como muestra de gratitud para todos y cada uno de los inolvidables maestros que me permitieron beber de la savia jurídica que anida en su espíritu. Especialmente al demonio socrático maestro GONZALO RODRIGUEZ BETANCURT; a quién no se anda con rodeos, un adalid de entereza y dignidad jurídica maestro ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ; al ameno y sabio maestro ALFONSO NAVA NEGRETE; a ese monstruo del pensar del Derecho Mercantil maestro ARTURO DIAZ BRAVO; y al jurista cuya aura es indescriptible maestro JOSE CAMPILLO SAINZ.

Por último, con especial dedicatoria, va el presente trabajo para mi querido Maestro y Asesor de tesis Licenciado MANUEL BACA GODOY, quién en todo momento me apoyo e ilustro en la realización del presente trabajo y a quién le debo el cariño y el afecto que siento por el Derecho Penal tanto sustantivo como procesal, así como al Licenciado FERNANDO G. ORTIZ SANTIAGO quien me ha apoyado en todo momento de mi vida profesional.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	IV
--------------------	----

CAPITULO PRIMERO

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

1.- La Delincuencia Organizada	1
2.- Diferencias con la Asociación Delictuosa y La Pandilla	12
3.- Procedimiento, Proceso y Juicio	14
3-A.- El Procedimiento Penal	17
4.- Marco Legal Regulador de la Delincuencia Organizada	20

CAPITULO SEGUNDO

PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL PENAL

5.- Requisitos de Procedibilidad	22
5-A.- Denuncia	26
5-B.- Querrela	27
5-C.- Delación Anónima	30
5-D.- Delación Secreta	31
5-E.- Excitativa, Autorización, Declaratoria de Procedencia y Declaratoria de Perjuicio	34
6.- La Actividad Investigadora- Probatoria	36
7.- Principios que Rigen la Actividad Investigadora- Probatoria	39
8.- Reglas Especiales Dentro de la Actividad Investigadora en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	40

8-A.- Coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la Actividad Investigadora- Probatoria	40
8-B.- Conocimiento de Estructuras de Organización, Formas de Operación y Ambitos de Actuación de la Delincuencia Organizada	41
8-C.- La Orden de Cateo	42
8-D.- La Intervención de Comunicaciones Privadas	48
8-E.- Otras Reglas de Investigación	54
9.- La Unidad Especializada contra la Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos	57
10.- La Función Persecutoria o Ejercicio de la Acción Procesal Penal	59

TERCER CAPITULO

PERIODO DE PREPARACION DEL PROCESO

11.- Auto de Radicación	67
11-A.- Auto de Radicación con Detenido	70
11-B.- Auto de Radicación sin Detenido	72
12.- La Declaración Preparatoria	77
13.- El Derecho de Defensa	79
14.- Auto de Término Constitucional	84
14-A.- Auto de Formal Prisión	84
14-B.- Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar	93

CUARTO CAPITULO

EL PERIODO PROCESAL

15.- La Prueba	95
15-A.- Medio de Prueba	104
15-B.- Organo de Prueba	105
15-C.- Objeto de la Prueba	106
15-D.- Valorización de la Prueba	108
16.- Medios Probatorios Regulados por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	111
16-A.- Resultados de los Requerimientos de Información Bancaria, Financiera y Fiscal	111
16-B.- Resultados de la Infiltración de Agentes Judiciales a las Redes del Crimen Organizado	112
16-C.- El Testimonio Negociado	113
16-D.- La Instrumental de Actuaciones	114
16-E.- Resultados de la Intervención de Comunicaciones Privadas	114
16-F.- Resultados de la Orden de Cateo	115
16-G.- La Sentencia Judicial Irrevocable	115
16-H.- La Prueba Presuncional	116

17.- Valor de la Prueba en Materia de Delincuencia Organizada	117
18.- La Instrucción Penal	118

CAPITULO QUINTO

EL PERIODO PREPARATORIO DEL JUICIO Y LA SENTENCIA JUDICIAL

19.- Conclusiones	122
19-A.- Conclusiones de la Representación social	124
19-B.- Conclusiones de la Defensa	126
20.- La Audiencia de Vista	126
21.- La Sentencia Penal	129
22.- La Sentencia Absolutoria	143
23.- La Sentencia Condenatoria	144
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFIA	150

“...Vencereis, porque teneis la fuerza bruta. Pero no convencereis porque para convencer, deberías persuadir. Y para persuadir es necesario precisamente lo que a vosotros os falta: razón y derecho en la lucha...”

MIGUEL DE UNAMUNO

INTRODUCCION

En tiempos violentos y de delincuencia como los que se han vivido durante los últimos años en el país, surgió dentro del Estado la necesidad de crear y contar con instrumentos idóneos para combatir cierto tipo de conductas antisociales que comenzaban no solo a alterar la paz social sino a amenazar la propia seguridad y soberanía nacional, en virtud de que los delincuentes comenzaban a operar bajo formas de organización que con mucho superaban los métodos de investigación policiaca, y sobre todo que amedrentaban al mismo aparato de justicia estatal, propiciándose con ello la impunidad de narcotraficantes, de los conocidos “polleros”, de los lavadores de dinero, etc. Así en dichos tiempos la preocupación jurídica por obtener medios de control y de prevención del delito propiciaron la elaboración de innumerables simposiums en donde se ha buscaba métodos de control del crimen así como de lucha contra el mismo. Entre dichos simposiums sobresale el realizado en la Ciudad de México en el año de mil novecientos noventa, donde del once al trece de septiembre se realizan una serie de conferencias en las cuales se expuso la experiencia de GIOVANNI FALCONE (Juez de Palermo) contra el crimen organizado. En dichas----

conferencias el ilustre personaje italiano realizo interesantes comentarios en torno a la delincuencia diciendo verbigracia que "...en la organización, la violencia y la crueldad no son nunca gratuitas, representan siempre la extrema razón, la última vía de salida cuando todas las otras formas de intimidación son ineficaces..." (a) Asimismo expone algunos comentarios acerca del poderío de la Cosa Nostra Italiana estableciendo en relación a la mafia colombiana y especialmente respecto de la cocaína que "...Los hombres de honor sicilianos rechazaron categóricamente ir a Colombia, y no por miedo. Se trató de elegir como lugar para las negociaciones, un sitio en el cual concordar mejor. En este punto dijeron claramente a los colombianos que no podían enviar ningún cargamento a Europa sin su consentimiento o de lo contrario los matarían a todos, uno tras otro. Esto no es mero folklore, sino que da indicios de las características únicas de la Cosa Nostra..." (b). Así a través de un sin fin de estudios realizados dentro de la propia Procuraduría de Justicia del Estado Mexicano se fue desarrollado todo un sistema de ideologías y programas anticrimen que propiciaron entre otras medidas estatales el nacimiento de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, motivo del presente trabajo.

Pero antes de abordar el estudio jurídico de dicho ordenamiento normativo es necesario replantear la pregunta ¿ hasta qué punto el Estado ha sido culpable de la situación de violencia y delincuencia que se vive en el país, y sobre todo si el Derecho no va acorde con la realidad social, sobre la cual se desenvuelve el propio Estado Mexicano? A ello se debe de contestar que siendo el Estado el encargado de garantizar la convivencia social, la armonía pública y la paz de los habitantes del territorio nacional, entonces debe de desplegar una actividad en el mundo fáctico tendiente a alcanzar el Bien Público Temporal y para ello necesita de funcionarios públicos que cumplan eficientemente con la misión que el pueblo mexicano les a encomendado así como con los objetivos trazados en la política estatal. Así el Estado si no cuenta con instrumentos materiales y humanos para lograr los objetivos sociales no podrá nunca lograr el bien público de la sociedad.

Ahora bien la conducta que debe de ser observada por los integrantes de una sociedad no siempre es la adecuada para la consecución de los fines de dicha sociedad, motivo por el cual a lo largo del tiempo se han creado una serie de Instituciones Sociales que buscan controlar la estructura social de cualquier grupo de individuos así como desahogar las tensiones sociales que se suscitan con la actuación ya sea singular o en conjunto de la gente; y con dichas instituciones se logra mantener la armonía social, siendo algunas de ellas verbigracia, la familia, la educación, la religión, los medios de comunicación, etc.. Sin embargo a pesar de dichos medios de control social existen conductas antisociales que impiden la normal vida en sociedad y, es entonces cuando el Estado tiene que imponer una serie de medidas tendientes a prevenir y reprimir dichas conductas, siendo la primera identificar y clasificar de acuerdo a su daño social los eventos antisociales, para con ello investigar los factores que inciden con mayor medida en su comisión y posteriormente proponer y realizar una serie de medidas para erradicar o al menos disminuir los factores propiciadores de las mismas, entre las cuales las principales---

(a) LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO. La Esperiencia de Giovanni Falcone, PGR, México, 1996, Tercera Edición. Pag. 23.

(b) Ob. Cit., pag. 44.

son en primer término el cultivo del espíritu humano a través de la correcta educación familiar así como el fácil acceso a las Instituciones Educativas combinado con la habilidad en la transmisión de la instrucción intelectual y moral de la persona, y por otro lado la creación de fuentes de trabajo, la seguridad pública, un aparato confiable de justicia y una amplia cobertura de los servicios públicos para la población.

Sin embargo cuando a pesar de que se instrumentan las medidas mencionadas con antelación y aun así continúa la comisión de eventos antisociales, o bien, lo que es más triste, si el Estado no comprende o no quiere escuchar que debe de atacar en principio los factores productores de las conductas nocivas para la sociedad, entonces se "fundamenta" para el Estado la necesidad de acudir como "último e inevitable recurso" a la amenaza estatal de una punición para el caso de una determinada conducta antisocial, garantizándola con la existencia del poder coactivo del Estado y ejecutándola en su momento igualmente con base en su Imperium; así como dice la jurista Olga Islas de González Mariscal (c) "...Dentro de este contexto es fácil advertir que las normas penales constituyen solamente uno de los varios instrumentos de prevención, y no precisamente el más plausible. Al contrario el ius poenale viene a ser el más negativo de los recursos porque en última instancia es, básicamente, privación o restricción de bienes del sujeto que sufre la pena. Es, además, un recurso pesimista porque entra en juego cuando, después de haberse desplegado todas las medidas de prevención no penal, ya no se sabe qué hacer frente a la antisocialidad. Ante esta crisis, se abren exclusivamente dos vías: o se reprime la antisocialidad o sobreviene el caos con todas sus destructivas consecuencias. El ius poenale significa un desesperado esfuerzo para evitar el caos..."

A pesar de la excelente exaltación que realiza la ilustre jurisprudencia de el ius poenale como último recurso, hay que decir que en el caso del Estado Mexicano es unánime la opinión de los estudiosos del Derecho respecto a que se ha abusado de ese derecho punitivo del Estado, en detrimento con ello de combatir la raíz del problema que ocasiona la delincuencia y la violencia en el territorio nacional. Y una clara muestra de ello es el nacimiento de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, instrumento jurídico a través del cual los Estados Unidos Mexicanos pretende combatir eficazmente a las redes del crimen organizado que se dedican con insistencia a la comisión de conductas que dañan ampliamente a la sociedad y que a la vez ponen en peligro la paz pública y la propia soberanía nacional, y es aquí en donde se debe ya de mencionar desde un punto de vista eminentemente jurídico que si bien a pesar de que el Estado Mexicano no quiere o no sabe utilizar instrumentos preventivos del delitos de naturaleza no penal, **NO POR ELLO DEBE DE ALTERAR Y MOFARSE DEL MARCO JURIDICO AL QUE DEBE ESTAR SOMETIDA SU ACTUACION.**

(c) Olga Islas de González Mariscal, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, Editorial Trillas, Tercera Edición, 1991, pag. 20.

Lo anterior viene a colación en virtud de que es consabido de que se tuvo que reformar la CPEUM para que pudiese legalizarse la utilización de intervenir comunicaciones privadas con el fin de investigar el crimen organizado, así como que se desenterraron instituciones proscritas del Derecho Mexicano tales como la delación anónima y la delación secreta; anteriores cuestiones que se estudian a lo largo de la presente obra. Asimismo se estructura la presente obra con un estudio principal del Tipo Penal de Delincuencia Organizada, para enseguida diferenciarla de las figuras delictivas Asociación Delictuosa y la Pandilla. Igualmente se entra al estudio del procedimiento penal desde el punto de vista del crimen organizado, iniciándose con el estudio de los requisitos de procedibilidad y en especial respecto de las delaciones que contempla la LFDO, para abordar posteriormente las reglas específicas de investigación reguladas por la LFDO. En el tercer capítulo se estudia el auto de radicación, la declaración preparatoria y el auto de término constitucional por supuesto, que cada figura procedimental con sus especiales derivaciones jurídicas. En el cuarto capítulo se entra al estudio concienzudo de la teoría de la prueba, para con base en ello estudiar los medios probatorios especialmente establecidos en la LFDO y el tipo de proceso que se debe de dar en relación con el crimen organizado. Finalmente en el último capítulo se estudian los actos realizados por las partes para fijar su posición respecto del procedimiento como lo es a través de las conclusiones, concluyéndose con la sentencia penal y sus características propias.

Por último quiero reiterar la preocupación que propicia la necesidad del Estado Mexicano de creer que la utilización del ius poenale es la varita mágica que erradicara la comisión de ciertas conductas antisociales de gravedad, y así esta sucediendo puesto que ante el clima de violencia y delincuencia que se vive en el país, con fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho, el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, acompañado de veintiocho gobernadores así como del Secretario de Gobernación Francisco Labastida Ochoa presento en el Museo Nacional de Antropología e Historia la **CRUZADA NACIONAL CONTRA EL CRIMEN Y LA DELINCUENCIA**, la cual toma como base la creciente y alarmante criminalidad que azota al Estado Mexicano, buscando "soluciones" para su disminución, y para ello reconoce siete causas principales que en su concepto originan la violencia y el crimen; las cuales son:

1.- El escaso número de agentes del Ministerio Público, de policías y jueces dedicados a la procuración y administración de justicia. Esto es que para atender casi un millón y medio de delitos denunciados sólo trabajan 24 mil policías, 6 mil agentes ministeriales, 3 mil 500 peritos y 839 juzgados;

2.- La deficiente capacitación del equipo que imparte y administra la justicia en el país, los bajos salarios e insuficientes prestaciones, que han provocado corrupción y colusión con la delincuencia.

3.- El atraso tecnológico en materia de informática, sistemas de inteligencia, anticrimen, comunicación y tácticas operativas y de investigación.

4.- Los escasos recursos financieros.

5.- El marco jurídico desactualizado, tanto en la aplicación de penas más severas como en la facilitación de la procuración y administración de justicia;

6.- La insuficiente coordinación de los cuerpos de seguridad; y

7.- La escasa participación en contra del delito.

Reconocidas por el Estado mexicano las anteriores causas que originan la criminalidad, las cuales son producto de diversas causas y factores, ha determinado para combatir las por conducto de su Secretario de Gobernación ocho ejes u objetivos para abatir el crecimiento de la delincuencia y la impunidad en el país, los cuales son:

1.- Contar con mejores elementos policiacos judiciales y preventivos, así como agentes del Ministerio Público- titulares y auxiliares -, a quienes se les aplicarán cinco exámenes de capacitación y de combate a la corrupción, así como el incremento de sueldos para los que se queden y la creación del curso de Técnico Superior Policía Judicial por parte de la Secretaría de Educación de Pública;

2.- La duplicación del número de agentes policiacos, peritos y del Ministerio Público para abatir el rezago de averiguaciones previas;

3.- La instalación e integración del Sistema Nacional de Información, con tecnología de punta, en el cual se tendrá un archivo general con los registros del armamento, patrullas, policías y delincuentes de todo el país, así como la capacidad de almacenar 50 millones de huellas dactilares y los rasgos faciales y antropomórficos de 5 millones de personas y trabajar con los Estados en el registro de las órdenes de aprehensión vigentes para que puedan ser consultadas de inmediato por las procuradurías. Dentro de este sistema se instalará el número telefónico 066, de cobertura nacional, que permitirá auxiliar a la ciudadanía que requiera de protección o seguridad en cualquier parte del país mediante agentes policiacos o ministeriales. Dicho sistema estará acompañado de una distribución estratégica de policías y patrullas a distancias adecuadas;

4.- Equipamiento e infraestructura en materia de seguridad pública; es decir, el aumento de los espacios en las cárceles ya que existe un déficit de 21 mil lugares;

5.- El fortalecimiento de la coordinación entre los tres niveles de gobierno y con las instancias federales para hacer más eficientes los recursos;

6.- La necesidad de mejorar el marco legal vigente con la finalidad de revisar penalidades establecidas para diversos delitos, especialmente los de cuello blanco en materia financiera y fiscal, así como revisar la acumulación de penas para los reincidentes y suprimir beneficios de preliberación y reducción parcial de penas en los delitos de más peligrosidad;

7.- La revisión de las normas, registros, personal, equipamiento y autorizaciones de operación de los servicios privados de seguridad; y

8.- Crear mecanismos de participación ciudadana por medio de los Comités de Consulta y Participación de la Comunidad

Si bien la anterior cruzada es un denodado esfuerzo estatal para abatir la delincuencia y la violencia en el país, mismo que fue reiterado por el Ejecutivo Estatal en la emisión de su cuarto informe de rendición de cuentas al pueblo mexicano, no se observa de su contenido el reconocimiento de las principales causas de fondo o de raíz que propician la comisión de conductas antisociales y con ello se demuestra que a pesar de que arrase el Estado Mexicano con innumerables flores del mal de la delincuencia, no con ello impedirá, como diría la juventud de Checoslovaquia en 1968, la llegada de la primavera. De una primavera en donde a cada momento habrá un retoño dispuesto a ocupar el lugar destronado. En fin como diría Pascal el hombre no es ni bestia ni ángel; es un rey destronado que cuando quiere hacer el ángel hace la bestia.

ABREVIATURAS

CPEUM- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LFDO- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

CP- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

CFPP- Código Federal de Procedimientos Penales.

CPPDF- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

LOPGR- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

“...¿ Pues acaso hay quién tenga una evidencia incontestable de la verdad de lo que sostiene, o de la falsedad de lo que condena, o quién pueda decir que ha analizado hasta el fondo sus propias opiniones o las de los demás ?...”

LOCKE

CAPITULO PRIMERO

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

1.- LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

En virtud de que el sustrato jurídico que converge para el análisis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo configura la acepción Delincuencia Organizada como materia sub-iudice dentro de la estructura normativa en estudio, es deber de técnica investigadora delimitar el contenido y alcance de esta innovadora figura jurídico-penal, para ello en principio se debe acudir a su significado semántico. El sustantivo DELINCUENCIA proviene del latín delinquentia. Siendo calidad de delincuente. Comisión de un delito. Conjunto de delitos, ya en general o ya referidos a un país, época o especialidad de ello(1). Mientras que ORGANIZADA (O), se encuentra conceptualizado como un adjetivo de orgánico, siendo esto último aquello que tiene armonía y consonancia, o bien aquello que concierne a la constitución de corporaciones o entidades colectivas o a sus funciones o ejercicios(2), desprendiéndose de lo anterior que prima facie se debe entender por Delincuencia Organizada una entidad colectiva de delincuentes constituida para ejercer una o más específicas actividades criminales dentro de un territorio determinado.

Manifestado el significado semántico de la configuración jurídica Delincuencia--

(1) Palomar de Miguel Juan, Diccionario para Juristas, Ediciones Mayo, 1981, pag. 393.

(2) Ob. Cit., pag. 946.

Organizada se debe de acudir a su análisis desde un punto de vista netamente jurídico. Las obras jurídicas en torno a la criminalidad organizada no han sido muy prolíferas, a pesar de que su innovación se dio por primera vez en el año de 1993 con su inclusión en la Carta Magna, en su artículo 16. Pero, en virtud de que la delincuencia organizada es un tipo penal inserto en la LFDO, para no incurrir en una petición de principio se debe, antes que otra cosa conceptualizar el invariante jurídico-penal denominado Tipo Penal, para enseguida analizar la figura típica de criminalidad organizada.

Los estudios en torno al tipo penal son numerosos, las corrientes ya sean finalistas, causalistas o el moderno sistema lógico matemático impulsado por autores mexicanos dan, partiendo de sus respectivas premisas, diversas acepciones del tipo penal, más para los fines del presente trabajo es conveniente solo mencionar algunas definiciones para posteriormente dar nuestra opinión.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni (3) el tipo penal "es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)."

En concepto del autor Alfonso Reyes Echandía (4) tipo penal es " la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible".

Para el distinguido jurista alemán Claus Roxin el tipo penal es " en sí mismo una expresión de un juicio de disvalor, y sólo puede entenderse de esta manera"(5). Este autor al concebir el tipo penal como un juicio de disvalor legislativo arriba a la conclusión de enarbolar la existencia de un tipo penal que abarque tanto lo injusto como las causas justificantes del hecho punible, las excluyentes de responsabilidad y hasta la tentativa, ello es así en virtud de que en su concepto el tipo es la ratio essendi de lo injusto ya que "habrá que incluir en el todos los elementos determinantes de lo injusto, sean negativos o positivos. El tipo que sólo exprese un tipo de injusto, y no lo injusto, se queda a mitad de camino"-continúa diciendo dicho autor que solo el tipo total " garantiza que únicamente caerán bajo el concepto de tipo penal los comportamientos que son verdaderamente relevantes desde el punto de vista jurídico-penal, y sólo él posibilita una cierta delimitación en cierto modo indudable"(6). Aunque cabe decir que no otorga una opinión de fácil comprensión respecto a la postura que adopta al establecer que dicho criterio se vuelve neutral respecto a la ubicación del dolo, manifestando que no se aparta de la tesis finalista ni deja a un lado a la tesis causalista.

(3) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1994, Pag. 391.

(4) Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad. Editorial Temis, Bogotá- Colombia, 1989, pag. 7.

(5) Claus Roxin, Teoría del Tipo Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, Pag. 269.

(6) Ob. Cit. Pags. 277-278

Siguiendo a Mariano Jiménez Huerta (7) dicho autor establece “ que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir...El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada ; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta ; y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.”

En efecto como lo menciona dicho autor el tipo penal ha sido tratado a lo largo de su historia doctrinal como un esquema complejo cuya delimitación se ha basado en la especial concepción que cada autor tiene del enlace lógico de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito. Pero como objeto de conocimiento ¿el tipo penal en dónde debe de estudiarse dentro de la teoría del delito, o en la teoría de la ley penal ?. En base en configurar el tipo penal dentro de la teoría de la norma, a juicio de Márquez Piñeiro se superan las críticas a que son sujetas las tesis causalistas y finalistas, autor que siguiendo a Olga Islas de González Mariscal establece que al estar integrada la norma penal, a) del tipo penal ; y b) de la punibilidad aplicable a una conducta ilícita ; en consecuencia se debe de estudiar el tipo penal dentro de la teoría de la ley penal, puesto que el objeto de conocimiento de esta es la norma penal, la cual pertenece al mundo del deber ser en contradicción con los delitos que pertenecen al mundo fáctico, ya que en concepto de la jurista Olga Islas el delito es la culpable concreción de un tipo penal. Asimismo establece, siguiendo a la mencionada autora, que se debe partir de un método en el cual en principio se estudie cada tipo especial consagrado en la legislación punitiva, es decir en la parte especial - de los códigos punitivos, lo que configuraría lo que se denomina Teoría del Tipo Penal, para enseguida de cada estudio particular extraer los elementos comunes a todos los tipos especiales y por ende arribar a una configuración de lo que llamaríamos tipo genérico penal que contenga todos los elementos comunes a cada tipo particular, lo que configuraría la teoría general de los tipos, que junto con la teoría general de las punibilidades forman la teoría general de las normas jurídico penales, toda vez que una norma penal es abstracta, general e impersonal.

Para dicho autor “los tipos son el resultado de una reflexión del legislador sobre si una conducta debe ser sancionada en general. Pero esto son decisiones político-criminales del legislador de naturaleza precodificadora. Para el trabajo dogmático los tipos nos vienen dados previamente”(8) . Derivado de lo anterior es conveniente en este momento y en uso de correcta técnica jurídica establecer la diferencia entre tipo y tipicidad, en virtud de que al establecer dicho autor que el tipo penal debe de estudiarse dentro de la teoría de la Ley Penal, en consecuencia delimita implícitamente y con justa razón a la tipicidad dentro de la teoría del delito, así el tipo queda fuera del estudio de esta teoría. Dicho autor siguiendo a

(7) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1977, pag. 75

(8) Márquez Piñeiro Rafael, El Tipo Penal, UNAM, México, 1992, pag. 150.

Zaffaroni dice "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador ; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador ; la tipicidad, el resultado afirmativo de ese juicio"(9).

Finalmente dicho autor manifiesta que Olga Islas de González Mariscal define al tipo como " una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos"(10). Dicho contenido necesario lo configuran lo que se denomina a) deber jurídico penal ; b) Bien Jurídico ; c) Sujeto activo ; d) Sujeto pasivo ; e) Objeto material ; f) Kernel, o núcleo del tipo ; g) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico ; h) Violación del deber jurídico penal, mal llamado por otros autores antijuridicidad.

En nuestra opinión, es notable el esfuerzo intelectual de la doctrina sostenida por la corriente mexicana de los lógicos matemáticos ya que indudablemente el tipo penal forma parte de la norma penal, y por tanto se torna con las características de la norma, es decir es general, abstracto e impersonal. Con ello a la vez se apartan de la naturaleza jurídica del tipo penal genérico las especiales tendencias causalistas o finalistas defendidas por cada jurista, ya que el tipo general como concepto abstracto, impersonal y general las abarca a ambas, por supuesto sin fusionarlas o conjugarlas ya que ambas teorías parten de especiales supuestos que engloban a una conducta típica (causa ciega o causa vidente) y ello sin lugar a dudas forma parte de la teoría del Delito. Ahora bien causalismo y finalismo, formarán parte de la descripción legislativa-penal dependiendo del análisis que se realice de cada tipo--Penal en particular (homicidio calificado, homicidio imprudencial, violación, abandono de familia, tentativa de robo, etc.), pero una vez estudiados todos los tipos particulares, se arriba a un tipo penal general que engloba los elementos de todos los tipos penales en particular ; y elemento particular lo es tanto una causa ciega (tipos culposos), como una causa vidente (tipos dolosos). Así el tipo penal general debe de englobar tanto al finalismo como al causalismo, claro haciéndolo desde un punto de vista general, abstracto e impersonal, sin fusionarlos o conjugarlos.

La posición de los lógico matemáticos, sin lugar a dudas guarda cierta semejanza con la de Claus Roxin, aunque en opinión del suscrito es explicada en forma más lógica y asequible al lector, claro con ciertos peros por la utilización en el campo jurídico de fórmulas de origen matemático, haciendo de algo que es vida humana objetivizada como lo es el derecho penal un conjunto de símbolos matemáticos a final de cuentas. En consecuencia conceptualizando el tipo penal debemos decir que es un Supuesto Normativo creado por el legislador con el fin de que mediante la descripción de un hecho abstracto con disvalor ético-social, se garantice la tutela de bienes jurídicos.

(9) Ob. Cit., pag. 165.

(10) Ob. Cit., pag. 198.

ELEMENTOS

- a) Supuesto Normativo.- Es una hipótesis jurídico penal de la cual dependen las consecuencias de derecho (punibilidad).
- b) Creado por el Legislador.- Solamente el Estado a través de su órgano legislativo puede establecer que hechos son relevantes para configurarlos en un hipótesis penal.
- c) Con el fin de que mediante la descripción de un hecho abstracto.- Establecido el tipo penal como parte de la norma penal y por tanto con las características de ser abstracto, impersonal y general, en consecuencia el tipo penal regula un hecho abstracto con elementos de todo hecho particular que forma parte de cada tipo especial y concreto. Por eso se habla de descripción de un hecho abstracto.
- d) Con disvalor ético-social.- Siguiendo a Welzel, es irrefutable que el estado al crear los tipos penales describe hechos que vulneran o dañan ciertos valores fundamentales de la sociedad.
- e) Se garantice la tutela de bienes jurídicos.- Al crear los tipos penales el Estado busca la sana convivencia y armonía social, con el prurito de alcanzar el Bien Público Temporal.

CARACTERISTICAS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Sin lugar a dudas la delincuencia organizada como fenómeno criminal tiene características propias que la hacen objeto de especial regulación jurídica, en efecto y así lo manifiesta Sergio García Ramírez que engloba el estudio del crimen organizado tomando en consideración la evolución de la delincuencia, la pluralidad de sujetos activos en los delitos y las características de la víctima. En palabras del citado autor "el fenómeno llamado delincuencia organizada- bajo los caracteres que actualmente la distinguen forma parte de esa criminalidad evolucionada o moderna, lo cual no implica desconocer que en todo tiempo hubo formas de unión entre personas..."(11).

Los rasgos modernos o evolucionados que distinguen a la delincuencia organizada en concepto del autor en comentario lo constituyen la violencia y astucia como medios auxiliares para los fines delictivos que persiguen ; basta recordar que lo que se ha denominado a últimas fechas el secuestro ficticio hecho no tipificado y por virtud del cual se conoce el movimiento social de la víctima y en determinado momento se aprovecha su ausencia para llamar a sus familiares y coaccionarlos a entregar todo el dinero que tengan bajo la amenaza de que se encuentra secuestrada supuestamente la persona ; la participación femenina en diversos delitos propios del sexo masculino, la precocidad delictiva que conduce a formar gavillas de menores escudados bajo el manto de su no imputabilidad, la ordenada---

(11) García Ramírez Sergio, *Delincuencia Organizada*, Edit. Porrúa-UNAM, 1997, pag.2.

estructuración de pluralidad de delincuentes que se organizan para delinquir en forma reiterada ; basta mencionar que en el año de 1997 se rompió la barrera de los 100 asaltos bancarios tan solo en el Distrito Federal, la poca importancia de la identidad de la víctima sino el provecho que de la misma se puede sacar, y lo que podríamos denominar globalización de la delincuencia o su etapa de internacionalización al desbordar las barreras territoriales de un estado para extender sus redes en el ámbito trasnacional.

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DELINCUENCIA ORGANIZADA

Siguiendo al maestro García Ramírez nos dice en relación a la iniciativa de la LFDO que :”sugirió una descripción de la delincuencia organizada que tiene su origen inmediato en la caracterización adoptada por las leyes procesales penales federal y del Distrito Federal, tras la reforma constitucional de 1993. Sin embargo, hay diferencias entre aquella y ésta. Se propuso entender que existe delincuencia organizada cuando tres o más personas se organizan de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, para cometer, con el empleo de la violencia física o moral, o aprovechando estructuras comerciales o de negocios, diversos delitos que el mismo precepto señaló, todos ellos de carácter grave : terrorismo, narcotráfico, falsificación o alteración de moneda, lavado de dinero- así denominado en la iniciativa-, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, secuestro y robo de vehículos. El proyecto indica los preceptos correspondientes a estas figuras delictivas.” (12).

Antes de realizar el estudio del tipo penal de delincuencia organizada es menester hacer notar que en virtud de que una norma penal se configura a través del tipo penal y la punibilidad aplicable, en consecuencia en nuestra opinión se debe de adherir a la descripción legislativa contemplada en el artículo 2 de la LFDO, los elementos que se prevén en el artículo 4 y que lo son “ funciones de administración, dirección o supervisión” y “ quien no tenga las funciones anteriores”, toda vez que dichos elementos sin lugar a dudas guardan estrecha relación con la conducta desplegada por cada miembro de la delincuencia organizada. Entonces el tipo penal Delincuencia Organizada quedaría de la siguiente manera : “ Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, teniendo funciones de administración, dirección o supervisión o alguna otra, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los siguientes (delitos mencionados más adelante), serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

1.- Deber jurídico penal.- Abstenerse de acordar organizar u organizarse, dividiendo funciones, para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer algún delito establecido en la LFDO.

(12) Ob. Cit., pag. 90.

2.- Bien Jurídico Tutelado.- En virtud de que la LFDO crea un nuevo orden penal, su base ético-social se encuentra en la protección de valores fundamentales de la sociedad y del Estado ya que la delincuencia organizada es un complejo criminal que corroe tanto la soberanía y la seguridad pública y nacional en principio y bajo ellos ataca otros valores como la integridad física, la salud, etc. La anterior aseveración encuentra su fundamento en el proyecto de la LFDO ya que : “ Dijo el artículo 1 del proyecto que las disposiciones de la ley atendían a la finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación...” (13). La inteligencia delictiva en la corrupción de las autoridades y sobre todo que el delito perpetrado a gran escala como el narcotráfico o el tráfico de armas son las dos actividades que dejan mayores fuentes de ingresos que cualquier actividad lícita, son dos puntos que dejan un botón de muestra sobre lo peligroso del crimen organizado para la buena vida gregaria en sociedad. El Doctor García Ramírez menciona “en 1994, los grupos de narcotraficantes mexicanos obtuvieron ingresos por treinta mil millones de dólares...”(14). En virtud de lo anterior, el tipo penal de delincuencia organizada es complejo desde el punto de vista de los bienes jurídicos que tutela toda vez que tutela diversos objetos de derecho.

3.- CONDUCTA.- Siguiendo a Hans Welzel (15), como todo ejercicio de actividad final se compone de distintos momentos, así sucede con el tipo en análisis, toda vez que en el mismo nos encontramos ante una Conducta de Acción netamente dolosa, y que se configura en una de acción básica finalista, por supuesto subordinada a elementos accesorios, en consecuencia encontramos lo siguiente :

I.- Acción Básica finalista.- Tratar de cometer o cometer alguno o algunos de los delitos que establece la LFDO.

II.- Acciones Subordinadas

- 1.- Acordar Organizarse
- 2.- Organizarse
- 3.- Dividiendo funciones(dirección, administración o supervisión, u otras)
- 4.- Para realizar, en forma permanente o reiterada
- 5.- Conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que establece la LFDO.

En el desarrollo de la acción se observan las siguientes fases :

(13) Ob. Cit., pag. 12.

(14) Ob. Cit., pag. 14.

(15) Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Onceava Edición. Cuarta Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

I.- Aspecto Doloso.

1.- Proyecto mental finalístico.- A través del cual los sujetos activos tienen la finalidad de cometer alguno de los delitos que establece la LFDO, bajo la sombra de miembro de la Delincuencia Organizada.

2.-Medios a Utilizar.- Para la consecución de sus fines las activos escogen como medio comisivo adoptar una organización con funciones de administración, supervisión o dirección, y otras.

3.- Efectos Concomitantes con que se Cuenta.- En este punto es donde se debe de tomar en consideración la expresión que aparece en el tipo penal de Delincuencia Organizada y que lo es "conductas que por sí o unidas a otras", en virtud de que los sujetos activos pueden tener un proyecto finalístico de realizar alguna otra conducta que no tipifica la propia LFDO, sin embargo cuando los agentes delictivos deciden que conducta ilícita realizarán, y una vez querida y conocida, estos deben de vislumbrar si cuentan con que al desplegar su acción puedan realizar junto con otra conducta alguno de los delitos que prevé la LFDO, verbigracia si tres o más sujetos se organizan dividiendo funciones, para cometer en forma permanente el ilícito previsto en el artículo 368 bis del Código Penal, en su hipótesis de adquirir los instrumentos, objetos o productos del robo, y junto con dicha conducta pudiese ser que tengan como resultado que otros criminales organizados cometan el delito de Asalto o el de Robo de Vehículos (ilícitos contemplados por la LFDO), en opinión del suscrito se adecuan al tipo de delincuencia organizada.

II.- Aspecto Objetivo.- Manifestado en el resultado que acarrea el actuar doloso de los sujetos activos y que se expresa a través de una transmutación en el mundo fáctico si efectivamente se cometen alguno de los delitos previstos por la LFDO, o bien si solamente se produce un acuerdo de voluntades para realizar alguno de dichos delitos, se realizara un peligro de transmutación en el mundo fáctico. En consecuencia el tipo penal establece un doble resultado que puede ser material o jurídico.

4.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.- El tipo de delincuencia organizada no cuenta con elementos subjetivos, en virtud de su especial estructuración normativa, pero como a dicho tipo se adhieren como elementos, los delitos que establece la propia LFDO, en consecuencia el tipo en análisis, contiene implícitamente las especiales tendencias psíquicas establecidas en cada uno de los delitos establecidos por la LFDO (Terrorismo, delitos contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio o tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, y robo de vehículos) ; cuyo estudio específico rebasaría los límites de la obra.

5.- ELEMENTOS NORMATIVOS.- El tipo penal de delincuencia organizada no contiene elementos de valoración jurídica, cultural o cognocitiva, y en consecuencia se aplica el mismo comentario dicho líneas arriba.

6.- SUJETO ACTIVO.- Una de las notas distintivas de esta figura típica es la pluralidad de sujetos activos que intervienen en su actualización en el mundo fáctico, ante tales circunstancias aparecen en el ámbito jurídico como manifestaciones legislativas

especiales en contra de los hechos delictuosos perpetrados por una diversidad de participantes delictivos, los tipos delictivos ASOCIACION DELICTUOSA y DELINCUENCIA ORGANIZADA y como una circunstancia agravante del delito la figura de la PANDILLA. El tema de la autoría se ha desarrollado a partir de la teoría final de la acción, así en el tipo a estudio guarda estrecha relación la teoría del autor dado que el tipo de crimen organizado es un tipo doloso, sobre la importancia de este punto es importante transcribir la opinión del padre del finalismo Hans Welzel, quién dice “ El injusto es un injusto personal, es decir le es esencial la relación con el autor...es esencial para la determinación del concepto de autor la diferencia típica entre los delitos dolosos y los culposos (16). Así llega a concebir la autoría como una figura con dominio final sobre el hecho doloso, que en ocasiones tendrá elementos personales ya objetivos, ya subjetivos en la descripción típica. Sigue diciendo dicho autor y en relación al tema de coautoría de sujetos “La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito ; por eso responde también por el todo... La coautoría es autoría. Por eso cada coautor ha de ser autor, esto es poseer las calidades personales (objetivas y subjetivas) de autor...Además tiene que ser coportador del dominio final del hecho...y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario... El minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el plus de coparticipación en el planeamiento del delito. Esto vale sobre todo para “el jefe de la banda...Por eso el problema de la coautoría sólo puede ser discernido por una indagación cuidadosa de todo el complot delictivo y del grado de participación objetiva y subjetiva de todos los partícipes...” (17). Del tipo penal de crimen organizado se observa que se trata de un tipo plurisubjetivo e indeterminado, esto es que contempla la participación de varios sujetos a los cuales no les exige ninguna característica particular.

7.- SUJETO PASIVO.- Se configura por la persona que resiente el daño o el peligro a que ha sido expuesto, siendo en el tipo a estudio indeterminada, es decir no se le pide alguna calidad específica.

8.- OBJETO MATERIAL.- En el tipo penal de delincuencia organizada, no existe un objeto material, ya que este lo será dependiendo de los delitos que comentan los criminales organizados, es decir aquí el objeto material estará constituido por la persona sobre la que recaiga la conducta ilícita que prevé la LFDO (Terrorismo, delitos contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio o tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, y robo de vehículos). En consecuencia si no se tipifica alguno de estos delitos no existirá el delito de delincuencia organizada.

9.- REFERENCIAS TEMPORALES.- Solamente las establecidas en cada delito que pretenda cometer la delincuencia organizada, y que se contemplan en la LFDO.

(16) Ob. Cit., pags. 118-119.

(17) Ob. Cit., pags. 129-133.

10.- REFERENCIAS ESPACIALES.- Solamente las establecidas en cada delito que pretenda cometer la delincuencia organizada.

11.- REFERENCIAS DE OCASIÓN.- Solamente las establecidas en cada delito que pretenda cometer la delincuencia organizada.

CLASIFICACION DEL TIPO PENAL DELINCUENCIA ORGANIZADA

Siguiendo al autor Reyes Echandía, este clasifica los tipos penales en la siguiente forma :

A) EN CUANTO A SU ESTRUCTURA

1.- Básicos, especiales y subordinados.- “Los primeros relacionan actividades lesivas de bienes jurídicos que constituyen infracciones en sí mismas...Los segundos toman de los primeros sus características principales pero añaden a estos, otros requisitos que les conceden existencia propia y pueden, por lo tanto establecerse y ser reconocidos autónomamente, siendo opuestos al tipo básico- es decir se le agregan circunstancias que los particularizan plenamente-... Las figuras subordinadas, como su nombre lo sugiere, son aquellas que llevan apenas enunciados calificadores de la acción, manteniendo un orden dependiente del tipo principal, del que no pueden emanciparse y al que no pueden contraponerse sin quedar eliminadas”(18).

Los tipos especiales o subordinados serán privilegiados o agravados si la conducta antijurídica tiene una mayor sanción o menor castigo que el tipo básico.

2.- Tipos elementales y compuestos.- “ Tipo elemental es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento, sea que haya sido elaborado de manera simple y esquemática, ora que contenga aditamentos cualificantes ... “Entendemos por tipo compuesto aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo bien jurídico, o varias especies de un mismo comportamiento”(19). El autor en comento establece que en los códigos penales se pueden encontrar varias clases de tipos penales compuestos, como pueden ser de varios verbos rectores, de un solo verbo rector y varias circunstancias modales, de un solo verbo rector y varios ingredientes subjetivos, de un solo verbo rector y varios objetos materiales, de un solo verbo rector y varios resultados.

3.- Tipos completos e incompletos.- “Según que los tipos legales contengan o no en forma plena la descripción de la conducta y la conminación penal, se distinguen en completos e incompletos” (20).

(18) Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad. Editorial Temis, Bogotá- Colombia, 1989, pag. 121.

(19) Ob. Cit. Pag. 122.

(20) Ob. Cit. Pag. 123.

4.- Tipos autónomos y en blanco.- Aquí un tipo autónomo es independiente y completo en su interpretación por contener y abarcar todos los elementos necesarios para ella, y un tipo es blanco si la conducta no se describe completamente en el mismo y el legislador remite a otros ordenamientos jurídicos para completarlo.

B) EN RELACION AL SUJETO ACTIVO

- 1.- En cuanto al número de agentes en monosubjetivos o plurisubjetivos.
- 2.- En cuanto a la calidad de los actores en sujeto activo indeterminado y sujeto activo cualificado.

C) EN RELACION AL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO

1.- Tipos simples y complejos, son tipos simples “aquellos que tutelan de manera específica un solo interés jurídico” y los tipos complejos “simultáneamente protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bienes esté independientemente tutelado en otro tipo” (21).

2.- Tipos de lesión y tipos de peligro, en donde “ en los llamados tipos de lesión el interés jurídico protegido se altera efectivamente, a tiempo que en los denominados de peligro esa alteración es de carácter potencial, aunque implica de suyo una vulneración de dicho interés” (22).

D) EN RELACION CON SU CONTENIDO

1.- Tipos de mera conducta y tipos de resultados. Los primeros “describen como punible el simple comportamiento del agente”, sin importar el resultado, y los segundos “se caracterizan por la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado”(23).

2.- Tipos abiertos y tipos cerrados.- “... Son tipos abiertos aquellos tipos en los que se describe escuetamente la conducta o se menciona solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo... Los tipos cerrados, por su parte concretan circunstanciadamente la conducta o señalan no solamente un resultado sino la forma como ha de producirse, de tal manera que si el comportamiento del agente no se realiza de la manera como se describe en el tipo no es posible subsumirlo en él...”(24).

(21) Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad. Editorial Temis, Bogotá- Colombia, 1989, pag. 128.

(22) Ob. Cit. Pag. 132-133.

(23) Ob. Cit. Pag. 136-137.

(24) Ob. Cit. Pag. 139.

3.- Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente.- Aquí en el primero la conducta delictiva se agota en un solo momento y en el segundo permanece de momento a momento o se prolonga en el tiempo.

4.- Tipos de acción y omisión.- En el primero se necesita de movimientos corporales perceptibles a través de los sentidos y en el segundo existe ausencia de los mismos.

Una vez explicada la clasificación de los tipos penales y aplicandola al tipo penal de delincuencia organizada, debe de decirse que sin lugar a dudas el tipo de crimen organizado es :

- a) En cuanto a su estructura básico, compuesto, completo y autónomo ;
- b) En cuanto a la calidad del sujeto activo plurisubjetivo e indeterminado ;
- c) En cuanto al bien jurídicamente tutelado complejo de lesión y peligro ; y
- d) En cuanto al contenido de la figura típica de conducta y resultado, instantáneo y permanente, y de acción.

Asimismo dentro de la LFDO encontramos en un análisis jurídico de la misma y en lógica estructuración normativa, los siguientes tipos subordinados y agravados respecto del tipo penal Delincuencia Organizada :

- a) Participación de algún servidor público en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada (artículo 5, fracción I).
- b) Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere esta Ley (artículo 5, fracción II).

2.- DIFERENCIAS CON LA PANDILLA Y LA ASOCIACION DELICTUOSA.

En relación a la Asociación Delictiva Goldstein Raúl (25), manifiesta que : “ Es suficiente el acuerdo de voluntad de los distintos individuos, sin que sea necesaria formalidad alguna, bastando su experiencia concreta. Desde el punto de vista de cada participante, lo que interesa es que sea consciente de que se liga para actuar por y en pro de la asociación, por acuerdo de voluntades tendiente a la comisión de delitos, que están descriptos en la ley. El fin específico es cometer delitos, pero no determinados, que es lo que caracteriza la participación criminal, sino indeterminados. El programa de acción de un conjunto de voluntades, para ser penalmente ilícita como asociación, deberá tener como objetivo la comisión de delitos, sin que su actividad quede limitada a la consumación de un plan que comprenda un determinado número de hechos, previstos específicamente, pues lo que tipifica a la asociación delictiva es el peligro de la variedad y repetición de los atentados

(25) Goldstein Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit. Depalma, Buenos Aires,1993, pags. 104-105.

criminales, es decir, el peligro de la divulgación del crimen. Supone, pues, una relativa estabilidad, cierta permanencia, que es de donde deriva la eventualidad del peligro que constituye...”.

En virtud de lo anterior y de la especial legislación aplicable para los Estados Unidos Mexicanos, sin lugar a dudas la Asociación Delictuosa es el tipo motor de las especiales preocupaciones del Estado por combatir la delincuencia realizada bajo una estructura de organización moderna e inteligente. Aunándose a ello que posteriormente el Estado al observar que especiales delitos se cometían a través de un verdadero complejo estructural de funciones delictivas busco regular y sancionar tal actuar ilícito creando un tipo especial como lo es la Delincuencia Organizada, y una especial regulación procedimental para los participantes de la misma.

El tipo penal Delincuencia Organizada establece: “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

El tipo penal de Asociación Delictuosa establece: “Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión...”

La circunstancia agravante de pandilla establece: “ Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicarán a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o sus delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito”.

Como es bien sabido la jurisprudencia a completado los elementos integradores de la Asociación Delictuosa, estableciendo en diversas ocasiones que es necesario para su configuración que se acredite la existencia de un jefe, de jerarquización y de un acuerdo permanente y estable para cometer delitos. Ahora bien en una lógica comparación de las diversas hipótesis normativas establecidas con anterioridad, se puede decir que :

- a) En la asociación delictuosa se requiere una asociación configurada para delinquir, es decir se presupone la existencia real de una asociación y en la pandilla se trata de una reunión imprevista y transitoria de la cual se comete algún delito, mientras que en la Delincuencia Organizada se requiere un simple acuerdo de voluntades para asociarse, es decir se sanciona un simple acuerdo sin materialización real, lo que conlleva a ;
- b) Que la asociación delictuosa sea un delito de peligro y que la pandilla sea una calificativa de lesión, mientras el crimen organizado es un delito de lesión y de peligro ;
- c) Igualmente se añaden como elementos establecidos por el legislador la existencia en la Delincuencia Organizada de funciones de dirección, administración o supervisión y las

demás-in genere-, mientras que la asociación delictuosa permanece en opinión del suscrito con los elementos que le añade la jurisprudencia y finalmente en la pandilla no se requiere de ninguno de estos elementos y por último que ;

- d) La delincuencia organizada es una forma evolucionada de la Pandilla y de la Asociación Delictuosa ya que se diferencia por los fines que persigue y que lo son los delitos que la misma LFDO establece, así como por los medios empleados para la comisión de los mismas que sin lugar a dudas son mucho más sofisticados que para la asociación delictuosa o para la pandilla.

3.- PROCEDIMIENTO, PROCESO Y JUICIO

Hasta que punto conviene tener una preparación teórica de las cuestiones procedimentales y hasta que extremo es mejor obtener una preparación pragmática de dichas cuestiones. El maestro Luis Dorantes Tamayo nos expresa en su libro (26) que Giuseppe Chioventa manifestó : "El puro teórico en el procedimiento es un sin sentido :pero el puro práctico es una desgracia". Ello en contestación a la aseveración de Zitelmann en un congreso de estudiantes en 1920, quién manifestó que : "emprender el estudio del derecho procesal sin conocer previamente el proceso de un modo práctico, es tan inconcebible como pretender nadar en terreno seco, mediante fórmulas teóricas".

Lo anterior viene a colación ya que dentro del lenguaje común y corriente, y hasta en la práctica forense es común que se confundan los términos de procedimiento, proceso y juicio. Por ello es pertinente denotar que a nivel teórico sus acepciones se delimitan a configurar especiales situaciones jurídicas que se dan dentro del derecho, siendo por tanto importante utilizar como peritos en derecho, correctamente dichos vocablos dentro de la vida jurídica y más aun dentro del procedimiento penal.

A) PROCEDIMIENTO

El Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas (27), establece que Procedimientos es "Sustantivo plural cuya raíz latina es procedo, processi, proceder, adelantarse, avanzar. En general procedimiento es la manera de hacer una cosa o de realizar un acto. Procedimiento corresponde a procédure en francés, a procedure en inglés, procedura en italiano y Verfahren en alemán...Con la erudición que le distingue (hablando de Niceto Alcalá Zamora y Castillo), el mismo autor considera que probablemente el primero en usar la locución procedimientos judiciales habrá sido Juan Martín Carremolino en una obra aparecida en 1839."(pag. 2568)

(26) Dorantes Tamayo Luis, Elementos de Teoría General del Proceso, Edit. Porrúa, 1993, pags. 15-16.

(27) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa-UNAM, 1989 , pag. 2568.

Partiendo de lo general a lo particular debe de decirse que el procedimiento es el concepto más general de los tres vocablos a estudio, siendo una serie de pasos perfectamente eslabonados unos con otros para la consecución de un fin u objetivo, siendo tal fin en el ámbito jurídico la solución conforme a derecho de una situación jurídica concreta (que no necesariamente es una controversia), corroborando esto Dorantes Tamayo manifiesta que : “el procedimiento en general es un conjunto de actos relacionados entre sí, que tienden a la realización de un fin determinado. Cuando este fin es el de resolver litigios, el procedimiento será, como ya hemos visto, procesal” (28). Igualmente Cipriano Gómez Lara (29) nos dice : “ el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre si por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo...”.

B) PROCESO

Mientras tanto el proceso es una concepto que por su propia naturaleza corresponde al derecho procesal, puesto que es uno de sus conceptos fundamentales y si no se piensa así, solo basta observar lo que estudia preferentemente la Teoría General del Proceso, así Gómez Lara nos dice : “Entendemos por proceso un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.”-más adelante manifiesta que- “El proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico ; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no-orden...”(30).

Para Dorantes Tamayo : “proceso es el conjunto de actos jurídicos, relacionados entre sí, que se realizan ante o por un órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un litigio”.(31)

Por su parte Sergio García Ramírez (32) manifiesta que “proceso es una relación jurídica, autónoma y compleja, de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos, conforme a determinadas reglas de procedimiento, y que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes o atraído a su conocimiento directamente por el propio juzgador.”

(28) Ob. Cit., pag. 226.

(29) Gómez Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, Edit. Harla, 1995, pag.290.

(30) Ob. Cit., pags. 132-133.

(31) Ob. Cit., pag. 225.

(32) García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, 1982, pag.22.

De lo anterior se denota que el proceso es un instrumento jurídico creado por el Estado para dar justo cauce a una controversia, formando parte de el mismo, todo un complejo de relaciones personales que impulsan y manejan expectativas y situaciones de derecho para la aplicación de una ley general al caso concreto.

JUICIO

Juicio deriva del latín *judicium*, que , a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho, y *dicere*, dare, que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto.

Para Dorantes Tamayo : juicio es la operación mental que realiza el juez para conocer previamente el asunto que va a fallar en cuanto al fondo, y que ha sido objeto del proceso". (33)

Cipriano Gómez Lara dice: "Juicio : etapa en que se pronuncia o dicta la sentencia"(34). Concibiendo al juicio como una etapa del proceso, y que sigue a la instrucción como periodo en el cual se adminicula conocimiento al resolutor.

Para el suscrito juicio es una actividad mental que partiendo del análisis objetivo y subjetivo de los elementos probatorios arriba a la antesala de la creación de la norma jurídica individualizada.

Resumiendo los tres anteriores conceptos se delimitan en razón de su objeto, finalidad y sujetos que participan en los mismos siendo atinente su diferenciación y correcto uso en el ámbito jurídico, en virtud de que dentro de la práctica forense se utilizan con frecuencia y como estudiosos del derecho es necesario evidenciar y saber la naturaleza jurídica de cada configuración iuspositivista ; tal y como la realiza el maestro Julio A. Hernández Pliego (35) al manifestar que "Procedimiento y proceso, se diferencian esencialmente en cuanto a su finalidad. El primero, se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo...El fin perseguido en el procedimiento, no necesariamente habrá de ser, como en el proceso, la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses, sometido al conocimiento de la autoridad judicial...". "El proceso- continua diciendo- sólo puede presidirse por un miembro del poder judicial ; solamente en función del juez, tiene sentido hablar del proceso...El titular del procedimiento, en cambio, puede serlo un órgano del ejecutivo o del poder legislativo, como ocurre, verbigracia, con el Ministerio Público, que depende del ejecutivo, es el que preside el procedimiento penal de averiguación previa- dice por último- El juicio es la convicción a la que arriba el juez, luego de examinar los hechos sometidos a su conocimiento, enlazando a ese análisis las pruebas allegadas al proceso. Es en ese momento intelectual, cuando se afirma que el juez se queda solo, con su reflexión y su conciencia".

(33) Ob. Cit., pag. 227.

(34) Ob. Cit., pag. 139.

(35) Hernández Pliego Julio A., Programa de Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, 1995, pags. 7-8.

3-A EL PROCEDIMIENTO PENAL

El Pueblo como soberano al momento de constituirse en Estado y darse una Constitución, establece un orden normativo a través del cual reconoce los derechos subjetivos públicos del gobernado y se da una estructura para desplegar sus funciones en aras del Bien Público Temporal. Así mediante su poder público y formando un Congreso Constituyente crea una función legislativa, una ejecutiva y otra judicial, encargándosele a la primera la formación de normas en cuerpos de leyes ; siendo la creación de tipos penales y la sanción aplicable, una de esas diversas normas materiales que crea una vez que objetiva la vida humana, y cuyo análisis es de importancia para el tema en estudio.

Siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema del Estado Mexicano, los componentes de la norma jurídica se configuran con el supuesto y la consecuencia jurídica, del primero nacen los deberes y derechos que configuran la bilateralidad de la norma jurídica, de la segunda la sanción aplicable contra la inobservancia del supuesto jurídico. Aplicando dicho criterio a la norma penal el supuesto se configura con el tipo penal como conductas reguladas jurídicamente, y, la consecuencia con la punibilidad que amenaza la transgresión del tipo penal por parte del gobernado.

Por otro lado como normas materiales se consideran aquellas que establecen deberes y derechos del gobernado, así como la sanción aplicable al supuesto jurídico, y como normas instrumentales aquellas que permiten acceder al ejercicio de dichos derechos, así como al cumplimiento coactivo de lo deberes o a la imposición de las sanciones procedentes. En el campo del derecho penal las normas materiales se configuran en los Códigos Penales y las normas instrumentales en los Códigos de Procedimientos Penales. En este orden de ideas si la norma penal material se configura con aquellas conductas ilícitas para el legislador y con la sanción aplicable a aquellas, es lógico decir que al realizarse en el mundo fáctico un posible evento incriminatorio surge la facultad del particular para dar la noticia de esa conducta y el derecho-obligación del Estado para investigar si esa conducta constituye un delito, para en su caso imponer a su autor la sanción correspondiente, haciéndose necesaria la existencia de una norma penal instrumental, para que el Estado realice su prerrogativa.

Ahora bien el ir de la comisión de un posible hecho ilícito a la imposición de una sanción da la idea de un camino o puente a seguir a través del cual se debe de caminar para llegar a la meta, más ese camino se encuentra provisto de expectativas y situaciones jurídicas que se deben de cumplir para la consecución del fin, y, ¿cómo comienza la construcción de ese puente jurídico ? Pues con la constitución del Estado, persona moral que a la vez que se da funciones públicas crea el camino para la consecución de su fin que es darle justo cauce a la libertad humana ; y una vez que en uso de su imperio establece que solo mediante una norma dentro de un cuerpo legislativo se puede crear un tipo y sanción penal, en seguida prevé la forma de hacer efectivo el ir del supuesto a la consecuencia jurídica, y para ello crea un puente, un camino hecho de material normativo instrumental, para proceder hacia un objetivo ; y ello es lo que caracteriza a todo procedimiento jurídico como instrumento estatal al servicio del bien común, y el procedimiento penal no es la excepción. Como dice-

Carnelutti (36) "Procedimiento, es, pues, una sucesión de actos tendientes al mismo fin ; lo que vincula los actos singulares con el procedimiento es la relación de finalidad. No hay prejuicio más tonto que aquel que niega el valor del fin para el conocimiento del derecho".

Por su parte el maestro Arilla Baz (37) manifiesta en relación al procedimiento penal que " está constituido por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o partícipe de un delito la conminación penal establecida en la ley".

Mientras tanto el jurista Manuel Rivera Silva (38) define al procedimiento penal "como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso aplicar la sanción correspondiente."

Desprendiéndose de lo anterior que en los tres autores se maneja en el fondo la idea de una finalidad del procedimiento penal y que se traduce en la aplicación de la norma penal al caso concreto creándose en palabras de Kelsen la norma jurídica individualizada, asimismo se contempla el medio para la consecución de dicho fin y que lo es el establecimiento de una técnica normativa que de justo cauce al enlace del ilícito penal con la sanción punitiva, "así pues, el encadenamiento del delito con la sanción, o como dice Carnelutti, del crimen con el castigo, debe ser realizado por el mismo hombre mediante una actividad especial. Esta actividad que persigue el enlace de los extremos contenidos en las normas del Derecho penal material, constituye el procedimiento penal."(39)

Resumiendo lo anterior consideramos que el procedimiento penal es un conjunto de actividades técnicamente reglamentadas con el fin de garantizar en el mundo factico la aplicación formal de la amenaza punitiva a un hecho que se ha calificado como delito.

Es deber hacer notar que tal definición se basa sobre el fin primordial del procedimiento penal, puesto que suele acontecer que se inicie un procedimiento penal y finalice el mismo con la calificación de que determinado hecho no es delito o bien que no es atribuible el ilícito penal a la persona que se reputo como probable responsable, más ello no quiere decir que por darse tales situación de derecho a las mismas no se les llame igualmente un procedimiento penal, ya que el Estado debe velar por que se castigue sólo a aquellas personas cuya conducta criminal a quedado plenamente demostrada y por que se libere al inocente, así que a modo de excepción el procedimiento penal también busca a través de un conjunto de actividades técnicamente reglamentadas establecer que un hecho presumiblemente delictuoso no lo es, o bien, que un hecho delictivo no fue realizado --

(36) Carnelutti, Francesco, Derecho Procesal Penal y Civil, Edit. Harla, 1997, pag.310.

(37) Arilla Baz Fernando, El Procedimiento Penal Mexicano, Edit.Kratos, 1982, pag. 2.

(38) Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Edit. Porrúa, 1997, pag. 5.

(39) Ob. Cit., pag. 10.

por el probable responsable o acusado, o también que a pesar de acreditarse que existe acreditado un tipo penal no se puede aplicar la sanción correspondiente, etc. Es decir en pocas palabras declarar que no se dio el enlace entre el tipo penal y la sanción punitiva. Así sobre la base de la finalidad del procedimiento penal enseguida se debe de determinar que periodos lo comprende en su camino para la creación de la norma jurídica individual. Y en este punto, nos adherimos a la división establecida por Manuel Rivera Silva, con la modesta modificación que en nuestro juicio requiere la misma, toda vez que el insigne jurista con el poderío de lógica y sencillez jurídica que lo caracterizan establece que el procedimiento penal finaliza con el fallo o sentencia emitida por el juez, pero de su egregia construcción procedimental no se vislumbra como parte del procedimiento penal lo que se denomina en términos sencillos como segunda instancia, ya que si bien se podría objetar que dicha instancia es la revisión de la sentencia emitida por el juez natural realizada por su superior jerárquico, que se inicia y tramita solo a petición de parte, toda vez que es uno de los cuatro recursos que contempla la legislación procedimental y, que, por tanto, no forma parte forzosa y necesaria de un procedimiento penal, ello no es suficiente para desestimarla y no contemplarla como parte del instituto en estudio, toda vez que si la certeza jurídica en las resoluciones es un requisito indispensable para la buena administración de justicia, y si el fin del procedimiento penal es la creación de una norma jurídica individual y esta no queda firme en infinidad de ocasiones por la iniciación de la segunda instancia, es lógico en opinión del suscrito contemplar a la misma como parte del procedimiento penal en virtud de que puede modificar o revocarse la resolución de primera instancia y con ello indiscutiblemente hay una nueva norma jurídica individual además, acaso ¿no se sigue dando un conjunto de actividades que buscan verificar el supuesto jurídico para aplicar la sanción correspondiente? Por supuesto hay que explicar que nuestro pensamiento (tal vez temerario pero preferible a no adoptar una posición doctrinal), no quiere abarcar dentro del término segunda instancia todo recurso que se proponga y de que conozca el *judex ad quem*, sino solamente el interpuesto contra la sentencia definitiva, en virtud de que tal sentencia es inherente a la finalidad del procedimiento penal, y es la que será revisada por el superior jerárquico, como consecuencia de lo anterior el procedimiento penal termina en nuestro concepto con la sentencia ejecutoriada que puede darse ya en primera o en segunda instancia. Lógico también es decirse que el estudio que se realiza del procedimiento penal como concepto jurídico es en términos generales y con base en la finalidad primordial que persigue, a modo de metáfora existe un camino llamado procedimiento penal cuya finalidad es crear la norma jurídica individual y al largo del mismo existen ramales que bifurcan el camino para encontrarse al final del mismo en la misma meta que es una sentencia ejecutoriada apegada a derecho. También hay que explicar que por no contemplarse como partes del procedimiento penal las demás instituciones establecidas en los Códigos de Procedimientos Penales (incidentes de libertad, recursos en general, etc.), no por ello dejan de formar parte del mismo, ya que se reitera se está concibiendo al procedimiento a través de su finalidad y su generalidad, y por ello, solo debe de contemplarse el camino principal hasta su meta y no las ramales- que forman parte del mismo. En este orden de ideas la división que hacemos del procedimiento penal se realiza de la siguiente forma :

1.- Periodo de Preparación de la Acción Procesal Penal.- Que inicia con la noticia *criminis* y termina con la consignación o ejercicio de la acción procesal penal.

2.- Periodo de Preparación del Proceso. Que inicia con el auto de radicación, al auto de formal prisión, de sujeción a proceso, o de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.

3.- Periodo del Proceso.- Que comprende la instrucción, el periodo preparatorio del juicio, la audiencia de vista y el fallo o sentencia ; y

4.- Periodo de Revisión de la Sentencia.- Que va desde la interposición del recurso de apelación hasta la resolución emitida por el Ad Quem.

Con lo anterior delimitamos nuestro campo de estudio, y damos por concluido el presente tema.

4.- MARCO LEGAL REGULADOR DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

A) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.- Para ello se sigue la obra del maestro García Ramírez (40), quien realiza un examen acucioso del nacimiento del bebé de Rosemary, como le nombre a la LFDO.

1.- En 1992 los Estados Unidos Mexicanos a través de la Procuraduría General de la República difundió un anteproyecto que contenía prácticamente las figuras que caracterizan al régimen más eficiente para contener la delincuencia organizada, más dicho anteproyecto es derrotado en un foro académico realizado el 8 de abril de 1992 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

2.- Con fecha del 30 de junio de 1993, surge una iniciativa que busca modificar los artículos 16,20 y 119 constitucionales ; y otra el 8 de julio siguiente que sugirió cambios en los artículos 19 y 107 de la Carta Magna. La Cámara de Diputados produce su dictamen el mismo 8 de julio aprobando las reformas y apareciendo las expresiones jurídicas "delitos graves", "delincuencia organizada", "periodo de retención o detención por el Ministerio Público, etc. Asimismo la legislación secundaria se reforma para adecuarse a los cambios constitucionales.

3.- En 1995 surge nuevamente de la Procuraduría de la República del Estado Mexicano un anteproyecto sobre delincuencia organizada que a todas luces pugnaba con la Carta Magna en diversos aspectos, pero si el proyecto no se ajustaba al traje constitucional, pues la constitución se tenía que adecuar al traje del anteproyecto de los desasesores de la Procuraduría del Estado.

4.- Surgen dos iniciativas ambas del 18 de marzo de 1996, una de ellas solicito cambios a los artículos 16,21,22 y 73 de la Carta Magna, y la otra propuso reformar la fracción I del artículo 20 Constitucional. En la misma fecha se presentó la iniciativa de LFDO, como seguro escarnio de la vida jurídica mexicana, y para rematar en solo catorce días se da el dictamen legislativo de la Cámara de Diputados, es decir el 1 de abril del citado año ; el Senado emite su dictamen el 15 de octubre del mismo año. La LFDO es publicada

(40) García Ramírez Sergio, Delincuencia Organizada, Edit. Porrúa-UNAM, 1997.

en el DOF el 7 de noviembre de 1996.

5.- El mismo 15 de octubre de 1996 la Cámara de Senadores presentó una iniciativa de reformas vinculadas con la LFDO, que introdujo cambios en el Código Penal de la Federación y del Distrito Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Ley de Vías Generales de Comunicación. El mismo día se debatió esta propuesta y se aprobó; publicándose con la LFDO el 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación.

B) MARCO REGULADOR DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.- En orden a la jerarquía jurídica de las normas, el crimen organizado se encuentra tutelado y se podría decir legalizado dada la burda forma en que se desarrolló legislativamente, principalmente por los siguientes ordenamientos de derecho :

- 1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ;
- 2.- La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;
- 3.- Código Penal de la Federación y del Distrito Federal ;
- 4.- Ley Federal de Armas y Explosivos ;
- 5.- Ley General de Población ;
- 6.- Ley General de Salud ;
- 7.- Código Federal de Procedimientos Penales ;
- 8.- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación ;
- 9.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ;
- 10.- Ley de Vías Generales de Comunicación ;
- 11.- Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Con lo anterior se da por terminado el presente capítulo tocando entrar al estudio de todo el procedimiento penal en materia de delincuencia organizada.

“...El cincel del legislador o jurisconsulto trabaja en la carne viva; todo derecho que se logra mata algo que debe morir, pero que alguien defiende hasta el último aliento: el que vive de lo injusto...”

LEOPOLDO ALAS “CLARIN”.

CAPITULO SEGUNDO

PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL PENAL

5.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

GARANTIAS QUE TUTELAN EL PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL PENAL

Antes de entrar a la iniciación del procedimiento penal en menester ahondar un poco desde el pináculo de la pirámide jurídica, en la imposición por parte del legislador constituyente de las bases y reglas del camino para la preparación de la acción procesal penal. En este orden de ideas es dable manifestar que en un principio la Carta Magna no consignaba regla alguna que se debiera de observar dentro de la averiguación previa, solo lo establecido en los artículos 21 y 102, daban un oscuro principio de iniciación procedimental pero, más que otra cosa, establecían el canon de hacer del juez, un administrador de justicia imparcial, y ya no inquisidor de delitos con facultades para realizar pruebas. Como dice Jorge Reyes Tayabas (41) “... los artículos 21 y el 102 de la Carta Federal significaron una nueva perspectiva, para que la justicia penal no se viera empañada por actitudes que se propician cuando no hay una correcta separación de funciones y consiguientemente de responsabilidades... Infortunadamente la visión de los constituyentes no tuvo la amplitud suficiente para llevar a establecer las bases indispen-

(41) Reyes Tayabas Jorge, El Nuevo Régimen Sobre la Privación de la Libertad en Procedimientos Penales, PGR, México, 1995, pags. 25-26

sables para reglamentar la averiguación previa y consignar garantías específicas que operaran en esa etapa del procedimiento penal...”

Así la Constitución no otorgaba garantía alguna que se debiera de observar durante el periodo de preparación de la acción procesal penal, existiendo un limbo jurídico de enlace entre lo que se denomina averiguación previa-ejercicio de la acción procesal penal, y las garantías establecidas para el proceso penal en el artículo 20 Constitucional, hecho en realidad extraño dada la notoria capacidad de los constituyentes de 1917. Sin embargo el panorama cambio ante el empuje de los mal nombrados derechos humanos y así a través de reformas constitucionales se introdujeron en la Constitución las siguiente garantías en favor del indiciado durante la averiguación previa.

- a) En el artículo 16 se establece en su párrafo séptimo que ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial ; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada (reforma publicada el 3 de septiembre de 1993, con fe de erratas del 6 del mismo mes y año).
- b) En el artículo 20 se establece en la fracción X cuarto párrafo que las garantías previstas en las fracciones I,V,VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna (reformas publicadas el 3 de septiembre de 1993, con fe de erratas del 6 del mismo mes y año y 3 de julio de 1996).

La fracción primera se refiere al derecho de libertad provisional ; la segunda a que no podrá ser obligado a declarar y que en su caso la confesión que rinda debe ser con la asistencia de su defensor y solo ante el Ministerio Público o ante el Juez ; la quinta que siempre que lo solicite será careado en presencia del “Ministerio Público”, con quienes depongan en su contra ; la séptima habla de que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso ; y la novena a que desde el inicio será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y que tendrá derecho a una defensa adecuada.

En este punto es importante hacer notar que la LFDO, aplica en algunos aspectos erróneamente la expresión establecida en el artículo 20 Constitucional fracción X, párrafo cuarto, en relación con las garantías establecidas en las fracción I,V,VII, y IX y que dice “serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”. Volveremos sobre este punto más adelante.

LAS GARANTIAS DEL OFENDIDO.

Hecho importante también lo es la incrustación de garantías que protegen al ofendido por el delito, y cuya interpretación doctrinal y jurisprudencial han logrado que se derrumbe el anacrónico principio del monopolio del ejercicio de la acción procesal penal de que gozaba el Ministerio Público, hecho que se explicara líneas adelante ; ahora bien la

Constitución prevé las siguientes garantías en favor del ofendido durante el periodo de preparación de la acción procesal penal :

- a) En el artículo 20 fracción X, último párrafo establece que “ En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes”(reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993). En este orden de ideas y con la expresión “y, los demás que señalen las leyes”, se introdujeron en el Código Federal de Procedimientos Penales y en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República sendos derechos en favor del ofendido durante la Averiguación Previa.
- b) En el artículo 21 párrafo cuarto se estableció que “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.”(Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994). Esta garantía por su importancia merece un comentario especial. A partir de dicha reforma tanto en el ámbito forense como en el doctrinal se planteó la cuestión de si tal garantía se debía de ejercitar una vez que se expidiera la ley reglamentaria o bien, a través del juicio de amparo, así varios postulantes comenzaron a interponer sendos amparos indirectos para combatir el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, llegando tal impulso procesal a crear varias contradicciones de tesis que han sido resueltas en el mes de noviembre de 1997 por la Suprema Corte de Justicia y publicadas en el tomo de diciembre del mismo año declarando que efectivamente por tratarse de una garantía constitucional procede el juicio de amparo ante un juez de amparo en materia penal. Apareciendo dos de las más importantes bajo los siguientes rubros “ACCION PENAL. LA GARANTÍA QUE TUTELA EL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESESTIMIENTO DE AQUELLA, NO SE ENCUENTRA SUJETA A QUE SE ESTABLEZCA EN LEY LA VIA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACION ORDINARIA, POR LO QUE MIENTRAS ESTA NO SE EXPIDA, EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE EN FORMA INMEDIATA PARA RECLAMAR TALES RESOLUCIONES” (tesis elevada a jurisprudencia el once de noviembre de 1997) y “ACCION PENAL, RESOLUCION DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, ES UN ACTO MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL” (Contradicción de tesis 9/96, resuelta el 11 de noviembre de 1997). Resta decir la importancia de tal pronunciamiento, y su análisis rebasaría los límites de la presente obra pero su trascendencia ha provocado que le invoquemos en este apartado.

INICIO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Ahora bien, una vez enunciados los principios constitucionales establecidos para la averiguación previa, se debe de pasar a determinar como se inicia la misma, así decimos que el procedimiento penal al igual que la vida humana tiene un nacimiento, un desarrollo y un final. Así como toda acción tiene un efecto- diría Newton- pues asimismo el procedimiento penal necesita de una acción para que se configure su nacimiento, ya que sin lugar a dudas aunque el artículo 21 Constitucional establezca que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, ello no implica que la Representación Social se convertirá en un buscador y resolutor de entuertos per se, sino de lo que necesita para realizar su trabajo es de la noticia criminis, que no es otra cosa que la información que le sea proporcionada sobre la comisión de un hecho presumiblemente delictuoso. “ A través de una relación de hechos sucedidos, que le rendirá la Policía Preventiva, sea local o federal, o bien la propia Policía Judicial en casos en que ella tome conocimiento de los hechos, sea por que alguna persona se los comunique directamente, o por flagrante delito o bien de denuncias o querellas presentadas por los denunciantes o por los ofendidos (Derecho de Petición, octavo Constitucional) e inclusive, por “partes” que, en caso de hechos de sangre, los suministran las dependencias encargadas de los primeros auxilios o de intervenciones más calificadas (Cruz Roja, hospitales oficiales o particulares).” (42). Configurándose con ello los denominados requisitos de procedibilidad que son aquellos actos jurídicos sine qua non para iniciar una averiguación previa y echar a andar la función investigadora del Ministerio Público. En consecuencia el germen que da nacimiento al procedimiento penal es la realización de un hecho presumiblemente delictuoso que es dado a conocer a la Representación Social- toda vez que suceden muchos hechos probablemente ilícitos que nunca son dados a conocer al Ministerio Público-, así no es necesaria la existencia de un delito sino solo la duda o la sospecha de que se tiene conocimiento de alguno, siendo necesaria la transmisión de dicha información al órgano persecutorio, ya que como dice Carnelutti (43) “ Entonces si el germen no es un delito, debe ser un hecho, del cual nace la duda de si es un delito. Tal duda se llama sospecha. Hay que detenernos a meditar sobre el valor de esta palabra. Ciertamente, sospecha deriva de suspicere, cuyo significado originario es mirar de abajo hacia arriba...” . En síntesis lo que da origen al procedimiento penal y que se conoce como requisitos de procedibilidad, consta de tres etapas a) De objetividad al percibir un actuar humano ; b) De subjetividad al sospechar que ese actuar configura un delito ; y c) De subjetividad y objetividad al tener la intención de hacer ese hecho del conocimiento de la autoridad (punto desde donde se estudia esta figura, en la mayoría de autores- ya que es diferente el germen del procedimiento penal al germen de la acción penal in concreto), y al realizar tal información mediante la utilización de signos verbales o escritos. A continuación se estudiarán los dos principales requisitos de procedibilidad, para en seguida analizar las dos innovaciones presentadas por la LFDO que son de notoria inconstitucionalidad.

(42) Barrita López Fernando A., *Averiguación Previa (Enfoque Interdisciplinario)*, 3a. Edic., Edit. Porrúa, 1997, pag. 59.

(43) Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Penal y Civil*, Edit. Harla, 1997, pag. 326.

5-A.- DENUNCIA

Por denuncia nosotros entendemos el acto jurídico por virtud del cual se hace una relación de hechos que se consideran delictuosos ante el Ministerio Público con el fin de que adquiera conocimiento de estos, e inicie la averiguación previa correspondiente.

Considerada así la denuncia nos arroja los siguientes elementos :

- a) Un acto jurídico.- Ya que es una manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias jurídicas sancionadas por la ley.
- b) Una relación de hechos realizada por cualquier persona.- Englobándose en el término cualquier persona la realizada hasta por la autoridad.
- c) Ante el Ministerio Público.- Puesto que es la Institución encargada de la función persecutoria la denuncia debe de presentarse ante la Representación Social.

A continuación se observaran definiciones de algunos autores :

El autor Javier Piña y Palacios, manifiesta que "...la denuncia es el acto mediante el cual se pone en conocimiento del Ministerio Público en su calidad de Policía Judicial, la comisión de un hecho o varios que constituyan o puedan constituir un acto u omisión que la Ley Penal sancione" (44)

Para dicho autor en pocas palabras la denuncia da origen a la función investigadora del Ministerio Público, desligándose de lo relacionado con la acción penal y su ejercicio que tienen su origen en el delito y en el artículo 21 Constitucional, y que el ejercicio de la acción penal solo principia hasta que se llenen los requisitos del 16 de la Carta Magna. Posición sin lugar a dudas interesante pero cuya disquisición desbordaría los límites de la presente obra, ya que lo que estudiamos es la denuncia como requisito de procedibilidad y no las cuestiones especiales dentro del procedimiento que se derivan de la misma.

Julio Acero (45) dice "La denuncia servirá solamente para dar el conocimiento del delito que se acaba de hablar y que podría adquirirse por otros medios directos o indirectamente por la misma policía judicial ; pero es pues, por obligación general que impone la ley y no por causa de la misma denuncia por lo que se inicia el procedimiento..."

El jurista en comento al decir que el origen del procedimiento radica en la ley, hace una afirmación un tanto extrema ya que en todo caso la ley abstracta general e impersonal sería el origen de un procedimiento penal abstracto, general e impersonal y la denuncia concreta sería el germen del procedimiento penal in concreto, es decir lo primero corresponde al mundo del deber ser, y lo segundo al mundo del ser.

Para Arilla Bas (46) "La denuncia es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público".

(44) Piña y Palacios Javier, Derecho Procesal Penal (Apuntes para un Texto y Notas Sobre Amparo Penal), México, 1948, pag. 75.

(45) Acero, Julio, Nuestro Procedimiento Penal, Edit. Cajica, 1976, pag. 87

(46) Arilla Bas, El Procedimiento Penal Mexicano, pag. 52.

En la anterior definición el autor incurre en un error al considerar que los hechos relatados son constitutivos de delitos, puesto que como ya lo vimos el auténtico germen del procedimiento penal es la sospecha de que un actuar humano constituye un delito.

Para Carnelutti (47) "La formación, es decir, dar forma a la idea que debería conducir a descubrir la verdad de la cosa, es un largo camino que comienza con la información... Cuando la información es facultativa, se llama denuncia- el parte policiaco es obligatorio-..."

La conceptualización anterior del insigne jurista, es congruente con lo manifestado por nosotros, siendo notorio que habla de lo que se conoce como parte policiaco cuya figura no se haya considerada en nuestro derecho, con independencia de la denuncia.

Para Carlos M. Oronoz Santana "...la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, quien inicia la diligencia que se conoce como averiguación previa..." (48)

La anterior definición no contempla la parte subjetiva que acompaña a todo acto jurídico y que es la voluntad de producir consecuencias de derecho, sancionadas por la ley.

Ahora bien la denuncia desde el punto de vista de la delincuencia organizada, debe de estar regida por las disposiciones del CFPP, que establece en su artículo 113 que "El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia..." Luego el artículo 116 dispone que "Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía", asimismo el 117 establece la obligación de las autoridades de dar la noticia de los delitos que se persigan de oficio (siendo una norma imperfecta en virtud de no establecer sanción alguna en caso de omitir presentar la denuncia). La denuncia puede ser verbal o escrita y debe de ser ratificada ante el servidor público que la reciba, pudiendo ser la policía judicial según lo establece el artículo 26 de la LOPGR, o bien alguna otra autoridad en caso de urgencia.

5-B.- QUERRELLA

Para nosotros la querrela es el acto jurídico realizado por quien se considera ofendido por virtud del cual hace una relación de hechos que estima delictuosos ante el Ministerio Público, con el deseo de que se persiga al autor de los mismos, e inicie la averiguación previa correspondiente.

Considerada así la denuncia nos arroja los siguientes elementos :

- a) Un acto jurídico.- Ya que es una manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias jurídicas sancionadas por la ley.
- b) Una relación de hechos realizada por quien se considera ofendido.- Solo la persona que se siente afectada en su esfera jurídica por ser titular de un derecho

(47) Carnelutti, Francesco, Derecho Procesal Penal y Civil, Edit. Harla, 1997, pags. 327-328.

(48) Oronoz Santana Carlos M., Manual de Derecho Procesal Penal, Edit. Limusa, 1996, pag. 66

protegido por la ley penal, puede realizar el acto jurídico.

c) Ante el Ministerio Público.- Puesto que es la Institución encargada de la función persecutoria la querrela debe de presentarse ante la Representación Social.

A continuación se darán algunas definiciones realizadas por diversos autores :

Arilla Bas (49) dice que querrela es "la relación de hechos constitutivos de delito formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante pero expresando su voluntad de que se persiga".

Se mantiene incólume la crítica realizada en relación a que los hechos no necesariamente deben ser constitutivos de delito.

Así dice Carnelutti "...delitos perseguibles de oficio ; tales son los delitos que pueden ser castigados sin iniciativa de la persona ofendida : Por el contrario, cuando el castigo de ciertos delitos exige tal iniciativa, tanto la facultad como la obligación que hasta ahora se han considerado, desaparecen y la información misma se reserva exclusivamente al ofendido. Tal información, toma el nombre de querrela" (50).

El distinguido jurista establece claramente lo que distingue la denuncia de la querrela que es el castigo solo a iniciativa de la persona ofendida.

Para Carlos M. Oronoz (51) "...la querrela se puede definir como la narración de hechos presumiblemente delictivos por parte de la ofendida ante el órgano investigador, con el fin de que se castigue al autor de los mismos."

Para Rivera Silva "La querrela se puede definir, como relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Organó Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito." (52)

En la definición el ilustre procesalista no contempla a nivel de técnica procesal que todavía no se puede hablar de ofendido llanamente toda vez que como ya lo establecimos si lo que da nacimiento al procedimiento es la sospecha de que se ha cometido un delito y su comunicación al Ministerio Público, en consecuencia la persona que da cuenta a la representación social solo se debe de presumir como ofendida.

El mencionado maestro Julio Acero establece que "...la querrela es la queja que presenta no una tercera persona, sino directamente la ofendida por un delito o sus representantes..." (53)

Aquí se vuelve a hacer incapie en el hecho de que no se debe hablar llanamente de ofendida y de delito, sino de quien se considera ofendida y de un hecho que se considera delictuoso ; ello por las consideraciones vertidas con anterioridad.

(49) Arilla Bas, Ob. Cit., pag. 53

(50) Carnelutti, Francesco, Ob. Cit., pag. 328.

(51) Oronoz, Carlos M., Ob. Cit., pag. 67.

(52) Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Edit. Porrúa, México, 1997, pag. 112.

(53) Acero Julio, Nuestro Procedimiento Penal, 1976, pag.88.

Por último en relación al crimen organizado la querrela no se presentara bajo ninguna circunstancia en el ámbito jurídico de su regulación en virtud de que los delitos que contempla son graves y por ende son perseguidos de oficio a través de denuncia, o bien a través de los bodrios jurídicos denominados delación anónima y delación secreta que a continuación se estudiaran.

LAS DELACIONES

Antes de entrar al estudio de las figuras procedimentales que establece la LFDO como lo son la delación anónima y la delación secreta, se debe entrar al análisis y curso histórico de la configuración jurídica DELACION. En virtud de lo anterior en el Diccionario para Juristas se dice "DELACION. La manifestación de algún delito, y por lo regular también del delincuente, hecha por cualquiera, no con el objeto de seguir el juicio en su nombre, ni tomar satisfacción para sí mismo, sino con el fin de informar y escitar al juez para el debido castigo del delincuente." (54)

Por otro lado Julio Acero (55) nos dice "Pesquisa en romance,- dice la ley 1a Título XVII, Partida 3, - tanto quiere decir en latín, como inquisitio, e tiene pro a muchas cosas ; ca por ella se sabe la verdad de las cosas mal fechas, ca de otra guisa non pueden ser provadas nin aueriuadas... Aun antes pues de tenerse noticia de algún hecho y aunque nadie se quejara ni lo solicitara, podía constituirse un tribunal de pesquisa, e iniciarse una serie de vejaciones y averiguaciones tanto más odiosas cuanto más secretas... La delación secreta muy ligada con el procedimiento anterior, podía tener lugar no obstante en cualesquiera otros casos y ser no sólo secreta sino anónima. De todos modos el procesado no podía conocer cuándo lo acusaban, ni quién lo acusaba, pero en ocasiones ni sus jueces lo sabían ; bastábase para proceder, recibir la denuncia del sacerdote o del inquisidor escogido como intermediario o simplemente el pliego misterioso sin firme o nombre alguno. En Venecia todavía se enseña a los turistas la cabeza esculpida de un león cuya boca servía de buzón para esta clase de comunicaciones".

Por su parte Bustamante (56) refiriéndose a nuestro país estableció que durante la colonia y bajo la vigencia de las Leyes de Indias se regulaba la delación en el Título 18, Libro 2o, que hablaba de los Fiscales de las Audiencias y que establecía en su ley 38 " Que los Fiscales no acusen sin preceder delator, salvo en hecho notorio, o cuando fuese hecha pesquisa ; y que saliendo por sí solos o coadyuvando al delator ; no tienen obligación de dar fianza de calumnia y costas, y que el delator debe afianzar conforme a derecho, aunque el Fiscal le asista o coadyuve- cabe decir que Bustamante no rechazaba la delación ya que manifiesta más adelante- que el Fiscal descansa en la delación, pero que el delator se mantenga en seguridad si no tuviese bienes hasta que se pruebe la delación, y si saliese

(54) Escriche, Joaquín, pag. 177.

(55) Acero Julio, pags. 86-87.

(56) Carlos María de Bustamante, *El Indio Mexicano o Avisos del Rey Fernando Séptimo para la Pacificación de la América Septentrional*, México, IMSS, 1981, pags. 128-129.

falsa, pague con la misma pena que se habría aplicado al acusado si se le hubiese probado la delación ...”

Transcritas las anteriores manifestaciones realizadas por verdaderos juristas de capacidad indiscutible, es justo decir para el caso de nuestro país que gobernante que no conoce la historia es un gobernante condenado a repetir los errores del pasado, frase que no conocen los desasesores del ilustre personaje que mando la iniciativa de la LFDO, es más ni historia de su país han de conocer ; cuanto no sea de política, por que en materia jurídica rebuznan ya que a los egregios legisladores se les olvido vestir primero a la dama constitucional con ese adefesio llamado delación anónima o secreta, en su iniciativa de reformas constitucionales ad hoc para la triunfal entrada de la LFDO. Sí aunque Usted no lo crea, ese oprobioso e ignominioso instrumento jurídico a resucitado de los anales repudiados de la historia para incrustarse en la LFDO. Y todo ello gracias a la llave del crimen organizado, que si bien es una plaga social no por ello debe ser el pretexto de transgredir el marco constitucional de los mexicanos, reviviendo instituciones repudiadas y desterradas de todo Estado de Derecho. Que tristeza que los encargados de legislar no hayan advertido el tremendo acto estólido que realizaron al aceptar sin pleno conocimiento de causa a la delación anónima y a la delación secreta en la LFDO.

Después de el desfogue jurídico realizado por el suscrito, pasemos al estudio de estas “instituciones jurídicas”.

5-C.- DELACION ANONIMA

El artículo 38 de la LFDO establece que :

“En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.”

El entimema es rudo pero necesario : si es delación anónima es inconstitucional, ya que en el derecho mexicano por voz de su Carta Magna solo se reconocen como requisitos para iniciar una averiguación previa la querrela y la denuncia, medios ya analizados y que permiten garantizar la tutela de los derechos de la persona que se pretende someter a procedimiento penal, y desterrando con ello, del sistema jurídico nacional a instituciones como la pesquisa general o particular y la delación anónima y secreta.

Pero legislado y en vigor está dicho artículo. Así la información anónima no requerirá de formalidad alguna, es decir puede presentarse en forma verbal o escrita y a través de carta, teléfono, fax, internet, etc., lo único que se pide es informar a la autoridad que como ya lo vimos puede ser el Ministerio Público, la Policía Judicial o cualquier

autoridad en caso de urgencia. En pocas palabras de un hoyo negro jurídico nace una averiguación previa que por más que busque la ley semánticamente, decir que solo se verificaran los hechos, ello ya configura un verdadero inicio de averiguación previa, tal y como lo dice el maestro García Ramírez: "Es un desacierto decir que una vez verificados los hechos se deberá "iniciar" una averiguación previa ; en realidad, esa averiguación ya se inició en el momento mismo en que el M. P. dispuso que se verificase el contenido de la delación anónima, a no ser que se llegue a la controvertible conclusión de que la LFDO ha instituido un novedoso período de investigación, anterior a la averiguación previa misma. Si así fuese, ¿ cuáles serían los actos garantizadores del legítimo inicio de ese período ? ¿Una simple delación ?" (57).

Ahora bien la expresión "pero en ningún caso dicha información por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso ." es un sin sentido ya que nunca se podrá abrir un proceso con base en la simple información, además de que al no conocerse al delator no se podrá valorar debidamente dicha "probanza" ; es en verdad una antinomia jurídica. No cabe duda de la deficiencia de técnica legislativa de este artículo toda vez que en el fondo es un verdadero galimatías, y será un verdadero dolor de cabeza para la función judicial. Y el último párrafo de dicho precepto no corre con mejor suerte siendo burda la hipótesis normativa que refiere, además de alejada de toda realidad, configurándose como dice el maestro Gutiérrez y González en un "vertebrado gaseoso" creado por el legislador, ya que es infantil el decir del legislador de que para ejercitar la acción penal se deba de recabar la denuncia, querrela o acusación correspondiente, en virtud de que como lo vimos esto es necesario, pero para iniciar la averiguación previa. El jurista García Ramírez con tono sarcástico y formal, se pregunta magistralmente "¿acaso se recabarán esos requisitos de un denunciante anónimo, cuya identidad se desconoce ? Si no es así, ¿ fungirán como denunciadores los policías que hicieron la indagación consecutiva a la delación ? Además, se olvida de plano que el derecho nacional no exige la denuncia o querrela apenas para ejercitar la acción penal ; las requiere para algo anterior : abrir la averiguación". (58)

5-D.- DELACION SECRETA

Esta figura jurídica no se contempla expresamente de la LFDO, pero de una interpretación armónica de la misma se llega a la conclusión de que dicha institución subyace en las entrañas de este nuevo orden penal creado por la LFDO, toda vez que el artículo 14 y 34 establecen respectivamente :

Artículo 14. Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organi---

(57) García Ramírez Sergio, Delincuencia Organizada, Edít. Porrúa-UNAM, 1997, pag. 168.

(58) Ob. Cit., pag. 169.

zada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.

Artículo 34. La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera.

Siendo la víctima o el ofendido de un delito el motor de imputación respecto del probable responsable, además de que se le considera testigo de cargo, es inconcuso que si al momento de denunciar un hecho probablemente delictuoso, pide protección y apoyo de la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos, y a la vez se presume que corre con ello peligro su integridad física (cabe decir que menciona solo la integridad personal y no la integridad de la familia) pues se mantendrá en reserva su identidad como lo prevé el artículo 14 de la LFDO, hasta el ejercicio de la Acción Procesal Penal. Así se realizara una denuncia que se levantará por escrito y en la cual no aparecerá dato alguno de la persona que dio la notitia criminis.

Nuestro autor guía en delincuencia organizada García Ramírez, no se pronuncia por afirmar o negar la inconstitucionalidad de esta figura jurídica de la LFDO, manifestando solamente que: “ La disposición mencionada, inobjetable desde la perspectiva del declarante en peligro, ofrece un flanco a la crítica desde el ángulo del inculpado, en tanto le impide conocer quiénes declaran en su contra, y en esta medida reduce sus posibilidades de defensa en la averiguación previa, a la que son aplicables varias garantías- no todas, sin embargo_ que corresponde al inculpado en un proceso penal. El señalamiento que se hace contra el inculpado, en este supuesto concreto, se aproxima mucho a la delación secreta, por lo menos en la primera parte del procedimiento penal” (59).

Duro paquete queda por dilucidar respecto de dicha figura jurídica, pero hay que pensar como profesionistas del derecho, y no solo almacenar datos. Así se afirma que la delación secreta de la LFDO es inconstitucional. Ahora bien ¿ en qué nos basamos para establecer que esta delación secreta es inconstitucional? En principio acudiendo a la interpretación histórica del artículo 16 constitucional que prevé la denuncia, acusación o querrela para proceder a librar una orden de captura (claro es unánime el decir de la doctrina y jurisprudencia de que dichos requisitos son indispensables para iniciar la Averiguación Previa), y ello por la razón de que precisamente se establecieron esos requisitos de procedibilidad para con ello delimitar explícitamente como se iniciaría un procedimiento penal proscribiendo con ello la delación anónima y la delación secreta que habían imperado en la historia jurídica del país, por ser instituciones repudiadas al atentar contra el derecho de defensa del inculpado; y aquí está la clave del asunto relacionando la importancia del principio llamémoslo de iniciativa del procedimiento penal (denuncia o querrela) con el principio de defensa adecuada del inculpado que se establece como garantía durante la averiguación previa e inscrito en la fracción X del Pacto Federal, se ----

(59) García Ramírez, Ob. Cit., pag. 165.

debe de concluir que la delación secreta atenta contra garantías individuales establecidas en favor del indiciado, ya que en caso de ofrecer durante la Averiguación Previa la prueba de *ampliación de lo declarado por el denunciante*, ello no se podría en virtud de desconocer su nombre. Sin que sea válido como lo manifesté en el capítulo de las garantías individuales en la Averiguación Previa que se interprete utilitariamente la expresión que aparece en la fracción X del 20 Constitucional y en relación a que las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX serán observadas *"en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan"*, ya que si bien se pueden establecer términos y requisitos -que ello no veda el ejercicio de la garantía constitucional en comento- en las leyes secundarias, así como límites a los mismos ; ello no implica erradicar dichos derechos de la Averiguación Previa ya que la palabra límites da la ideas de fijar el alcance jurídico de dichos derechos subjetivos públicos más no implicaría como lo pretende la LFDO hacer nulo absolutamente dichos derechos durante la averiguación previa, violentándose con ello el derecho de defensa del inculpaado.

En síntesis la delación secreta es inconstitucional en virtud de que solo la Constitución reconoce a la querrela y a la denuncia como requisitos para iniciar un procedimiento penal, y por que si bien la denuncia puede ser presentada por cualquier persona, ello no implica que solo la autoridad conozca su nombre. Es decir la delación secreta no se adecua a la hipótesis de denuncia establecida en la Constitución por cuestiones de interpretación histórica, además de que con ello hace nulo un derecho subjetivo público del inculpaado. Claro que hay que reconocer que la salvaguarda de la integridad física del delatar se colisiona con el derecho de defensa del indiciado pero ¿acaso no es la seguridad pública una función del Estado ? Entonces que sea el Estado quien proteja a la víctima u ofendido por el delito mediante otros métodos (vigilancia, custodia, etc.) que no impliquen el secreto del nombre del delator, respetando con ello, a la vez, el derecho de defensa del imputado... ¡ oh bien, que reformen otra vez la Constitución nuestros ilustres legisladores !

Finalmente hay que terminar aquí recordando antiguas palabras que en estos momentos se tornan modernas y especialmente dirigidas a la situación inconstitucional de la delación anónima y secreta, y que son fruto del egregio Cesar Beccaria, quien dice "...¿Que genero de gobierno es aquel, donde el que manda sospecha en cada súbdito un enemigo, y se ve obligado por el reposo público a dejar sin reposo a los particulares ? ¿Cuales son los motivos con que se justifican las acusaciones y penas secretas ? ¿La salud pública, la seguridad y conservación de la forma de gobierno ? ¿ Pero que extraña Constitución es aquella, donde el que tiene consigo la fuerza y la opinión más eficaz que ella teme a cada ciudadano ? ¿ Pretende, pues, la indemnidad del acusador ?...(60)

(60) Beccaria, Cesar, De los Delitos y de las Penas, Edit. Porrúa, México 1997, pags.58-59.

5-E.- EXCITATIVA, AUTORIZACION, DECLARATORIA DE PROCEDENCIA Y DECLARATORIA DE PERJUICIO.

De interés jurídico es la digresión acerca de ciertas figuras jurídicas que dentro del ámbito doctrinal como procedimental tienen injerencia en el campo penal, toda vez que dan lugar a preguntarse ¿sí constituyen requisitos de procedibilidad? O bien ¿requisitos prejudiciales? Tales cuestiones atañen a las figuras jurídicas denominadas excitativa, autorización, declaratoria de procedencia y declaratoria de perjuicio.

Antes de definir las una por una es menester establecer que nosotros entendemos por requisito de procedibilidad al elemento indispensable para la iniciación del procedimiento penal y como requisito prejudicial como el elemento necesario para el nacimiento del proceso penal; recordándose en este acto lo manifestado en relación a que todo procedimiento comprende un proceso y esté último forma siempre antecedente y parte de un procedimiento.

EXCITATIVA.- Es el conocimiento que hace el representante de un Estado extranjero al Ministerio Público como representante del Estado Local de la posible comisión de una ofensa en contra de dicho Estado o de sus agentes diplomáticos o consulares, manifestando su intención de que se investigue y persiga a sus posibles autores.

El maestro Colín Sánchez establece que "El procedimiento, para llevar a cabo la excitativa, no está previsto en el Código de Procedimientos Penales, en materia federal; en la práctica, el embajador o el agente del Estado ofendido, puede solicitar al agente del Ministerio Público Federal, se avoque a la investigación de los hechos..." (61)

Como se observará la excitativa denota dentro de su naturaleza jurídica una querrela específica, cuya base estriba en que se presenta la excepción jurídica de que la persona ofendida lo es un Estado extranjero lo cual en el fondo no altera la substancia legal de que esta investida la querrela, mas es deber mencionar esta especial institución jurídica que sólo se presenta en el ámbito del CFPP, y cuya presencia en materia de delincuencia organizada es imposible dada la naturaleza de los delitos que confluyen en su construcción legal, mismos que se establecen en la LFDO.

AUTORIZACION.- Es la institución jurídica por virtud de la cual una autoridad competente otorga su permiso para que se pueda proceder a iniciar el periodo de preparación del proceso en contra de algún funcionario por su posible participación en un evento incriminatorio.

Como se desprende de lo anterior la Autorización como figura jurídica se constituye como un requisito prejudicial, es decir indispensable para ejercitar la acción procesal penal, toda vez que en caso de no configurarse la autorización durante el procedimiento penal será

(61) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México, 1997, pag. 336.

imposible continuar con la secuela procedimental ya que no se podrá ejercitar la acción procesal penal, claro que debe quedar entendido que siempre se podrá iniciar la Averiguación Previa, sin embargo pueden darse ciertos casos que se han denominado obstáculos procesales los cuales no impiden la iniciación del proceso pero si su continuación y un caso especial es lo establecido por el artículo 672 del CPPDF mediante el cual se establece más que un requisito prejudicial un obstáculo procesal, en virtud de que en dicho supuesto se puede iniciar la Averiguación Previa y ejercitar la acción procesal penal pero no se podrá cumplimentar la orden de aprehensión hasta solicitar la anuencia del Tribunal Superior de Justicia, sin embargo queda la laguna jurídica al preguntarnos ¿ qué sucederá en el caso de un delito flagrante respecto de un Juez, un Magistrado o un Agente del Ministerio Público?, acaso ¿ no podrá seguir el procedimiento hasta que el Tribunal Superior de Justicia constate que se reúnen los requisitos del artículo 16 de la Carta Magna para privar de la libertad a una persona, es decir la flagrancia, la quasi flagrancia, la flagrancia de la prueba o la flagrancia equiparada? Hasta aquí dejamos el anterior comentario puesto que un análisis detenido de la figura procedimental en comento rebasaría los límites impuestos en la presente obra. Queda solo transcribir el citado artículo, que a la letra dice:

“Cuando el magistrado, juez o Agente del Ministerio Público fuere acusado por delito del orden común, el juez que conozca del proceso respectivo pedirá al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que lo ponga a su disposición, y éste lo decretará así, siempre que se reúnan los requisitos que para dictar una orden de aprehensión exige el artículo 16 de la Constitución General de la República.”

DECLARATORIA DE PROCEDENCIA.- Es la figura procesal a través de la cual el Estado por conducto de la Cámara de Diputados otorga su anuencia para que se persiga penalmente a un funcionario público de los mencionados en el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución, lográndose con ello el ejercicio de la acción procesal penal.

Esta especial autorización y como consecuencia de ello requisito prejudicial se encuentra reglamentada por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la cual establece en su artículo 25 que:

“Cuando se presente denuncia o querrela por particulares o requerimiento del Ministerio Público cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará, en lo pertinente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la Sección Instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección determinará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado.”

Finalmente hay que mencionar que la Cámara de Diputados substanciará dicho procedimiento mediante las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales

y de Justicia, quienes al momento de su instalación designarán a cinco miembros de cada una de ellas para que en unión de sus Presidentes y un Secretario por cada Comisión, integren la Subcomisión de Examen Previo de denuncias de juicios políticos que es la que tendrá la competencia exclusiva para realizar la declaratoria de procedencia. (Artículo 10 del Ordenamiento Legal Invocado)

DECLARATORIA DE PERJUICIO.- Es la figura procesal por virtud de la cual es Estado por conducto del funcionario autorizado por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público expresa su voluntad de perseguir a determinada persona o personas como presuntas responsables de ilícitos fiscales, lográndose con ello el ejercicio de la acción procesal penal.

Como se desprende de lo anterior la declaratoria de procedencia es una especial figura de la autorización reglamentada en el Código Fiscal de la Federación, y que como tal constituye sin lugar a dudas un requisito prejudicial indispensable para la debida continencia procesal, ya que en su ausencia se puede iniciar la averiguación previa sin mayor problema.

6.- LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA-PROBATORIA

Tradicionalmente se estudiaba la actividad desplegada por el Ministerio Público solo bajo el rubro "función persecutoria", que era sobre lo único de que hablaba el artículo 21 Constitucional, estableciéndose por la doctrina que dicha función se configuraba a través de la actividad investigadora y el ejercicio de la acción procesal penal, la primera comprendiendo la indagación de la verdad histórica del delito ; o como dice Jorge Reyes Tayabas "...indagación sobre los hechos que permita conocer su desarrollo histórico ; calificarlos a la luz de la ley penal ; identificar a las víctimas y a los probables responsables ; localizar los objetos, instrumentos o productos de la acción si es ilícita, y hacer acopio de pruebas idóneas suficientes para ejercitar, en su caso, la acción procesal conducente a que la autoridad jurisdiccional enjuicie a los probables responsables, o para determinar que no procede ese ejercicio." (62), y al ejercicio de la acción procesal comprendiendo la creencia fundada por parte del Ministerio Público de que se configuraban los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de alguna persona y traduciéndose con lo que conoce comúnmente como consignación.

Sin embargo en la actualidad, dicho método de estudio debe de cambiar, ya que el derecho evoluciona y con él las obras jurídicas- aunque a veces solo sea por cuestiones de cambios de redacción o aumentos de palabras del ordenamiento positivo, o si se quiere decir cambios semánticos - toda vez, que en la actualidad el artículo 21 de la Carta Magna habla de que "*la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público*", y con ello se bifurcan las funciones de dicha institución, y en consecuencia la función-----

(62) Reyes Tayabas, ob. Cit., pag. 25.

persecutoria ya no puede comprender a la función investigadora ; entonces en la actualidad y en opinión del suscrito la función persecutoria es sinónimo de ejercicio de la acción procesal penal, por tanto se debe de estudiar en orden y por principio la función investigadora y después la función persecutoria del Ministerio Público.

Ahora bien ¿en qué consiste la función investigadora del Ministerio Público ?, pues en la indagación, búsqueda y localización de los delitos (previa notitia criminis) y de sus responsables, a decir de Manuel Rivera Silva dicha actividad “...entraña una labor de auténtica averiguación ; de búsqueda constante de pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley...” (63)

Así el Ministerio Público tiene como dice el maestro Javier Piña y Palacios una facultad de Policía Judicial que ejercita como jefe de la Policía Judicial, y ejercita dicha facultad, valiéndose de auxiliares que en materia de Delincuencia Organizada son por aplicación supletoria del artículo 19 de la LOPGR: I.- Directos e integrados a la institución: a) La Policía Judicial; y b) Los Servicios Periciales; así como II.- Suplementarios: a) Los Agentes del Ministerio Público del fuero común y de las Policías Judicial y Preventiva, en el Distrito Federal y en los Estados de la República, previo acuerdo entre las autoridades federales y locales en los términos del artículo 12, fracción II, de la presente ley; b) Los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero; c) Los capitanes, patrones o encargados de naves o aeronaves nacionales; y d) Los funcionarios de las dependencias del Ejecutivo Federal, en los casos a que se refiere el artículo 31 de esta Ley.

Establece la misma ley en dicho artículo que el Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución. Debiéndose hacer notar que entre dichos auxiliares suplementarios no se cuenta expresamente con el Servicio Médico Forense del Distrito Federal, los servicios médicos del Distrito Federal y, en general, las demás autoridades que fueren competentes (policías estatales, servicios médicos estatales, etc.), como lo dispone, verbigracia, expresamente el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.

Pero ¿cómo lleva el manejo de dichos instrumentos la representación social? a ello contestamos y siguiendo el libro del autor Benjamín Arturo Pineda Pérez (64), que se vale de una organización dividida en lo que se conoce como Agencia Investigadora y Mesas de Trámite, llevando la primera por lo general ----

(63) Rivera Silva, ob. Cit., pag. 41-42.

(64) Pineda Pérez Benjamín Arturo, El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal, Editorial Porrúa, 1991.

Averiguaciones Previas con detenido teniendo un libro de gobierno, un libro de entrega de guardia, un libro de control de vehículos, un libro de la policía judicial a su encargo, un libro de control de personal, un libro de pendientes, un libro de consignaciones, un libro de consignaciones improcedentes y un libro de servicio médico y de dirección general de peritos, mientras la segunda lleva por lo general Averiguaciones Previas sin detenido recibiendo denuncias y querellas que le son remitidas por el Sector Central y por las Jefaturas de las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, llevando los mismos libros que las agencias investigadoras.

Sin embargo ¿acaso todos los delitos se investigan igual?, la respuesta es no, cada delito para indagarse correctamente necesita del método adecuado a la configuración normativa que lo caracteriza, o bien dependiendo de los vestigios, instrumentos u objetos que se dejan en el lugar del crimen para su investigación; o también dependiendo de si su configuración depende de determinados conocimientos especiales. Eso sí, se necesita primero comprobarse el delito para buscar al delincuente ya que "Para que haya delincuente se necesita el delito plenamente comprobado; si éste no existe o no se puede llegar a comprobar su existencia, no se puede proseguir averiguación contra determinada persona y menos retenerla encarcelada o molestarla en manera alguna" (65). Por otro lado Javier Piña y Palacios, establece que los actos que despliega el Ministerio Público, en particular son:

I.- Clasificación del hecho que se le denuncia. Naturaleza del acto de clasificar el hechos.

II.- Examen de antecedentes. Naturaleza del acto de antecedentes.

III.- Orden de examen psicofisiológico. Naturaleza de esa orden.

IV.- Calificación del hecho investigado. Naturaleza de la calificación...

Manifestando que dicha institución puede ejecutar actos con relación al delito- comprobando los elementos del delito-, al agente del delito- examen psicofisiológico, de antecedentes y las declaraciones- y al sujeto pasivo- examen psicofisiológico y declaraciones. Explicando que el examen psicofisiológico comprende:

I.- Anemnesis (historia clínica)

II.- Aspecto Exterior

III.- Inspección

IV.- Examen Funcional

V.- Exploración Mental

VI.- Conclusiones.

Mientras en relación al examen de antecedentes, establece que comprende la identificación de su situación y distinción dentro del grupo social, y en relación a las declaraciones establece que existen dos sistemas el que hace la relación de hechos del que declara e interrogatorio posterior de aquel ante quien se declara y el que primero interroga y después redacta lo declarado. (66)

(65) Acero, Julio, ob. Cit., pag. 94.

(66) Piña y Palacios, ob. Cit., pags. 79-84.

Finalmente hay que establecer que en materia de Delincuencia Organizada se dieron reglas especiales para la investigación de dicho tipo penal, métodos de investigación que serán estudiados con posterioridad.

7.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA-PROBATORIA.

Sobre el particular deben establecerse que existen tres principios a los que debe de sujetarse toda investigación realizada por el Ministerio Público durante la averiguación previa, los cuales son :

1.- El Principio de Iniciación.- Parafraseando al maestro Alcalá y Zamora el Ministerio Público no es un Quijote de la Mancha que marcha por el mundo buscando entuertos que desfacer, sino que es una autoridad que necesita para ejercitar su facultada investigadora de la noticia del delito por parte de una persona, para con ello poder impulsarse procedimentalmente en su actividad investigadora. Claro hay que establecer que dicho principio es aplicable a la iniciación del procedimiento, mismo que se traduce en la denuncia y querrela, instituciones jurídicas estudiadas con anterioridad.

2.- El Principio de Oficiosidad.- El Ministerio Público una vez que es informado de la comisión de un posible delito, ya no necesita, a diferencia del procedimiento civil, de impulso alguno por parte del gobernado para investigar los hechos que le son comunicados, sino que debe de actuar de oficio es decir de motu proprio ya que por imperativo de la ley, solo a él, como Representante de la Sociedad le corresponde la Investigación de los delitos. Surgiendo un caso de excepción, cuando el Representante Social decide no ejercitar la Acción Procesal Penal, ya que en dicho caso lo notificará al denunciante u ofendido por el delito para que promueva lo que a derecho corresponda, que puede ser impugnar tal acuerdo a través de la vía administrativa (señalando las pruebas que a su juicio faltan por realizarse, o bien ampliarse), o por medio del juicio de amparo ; actividades desplegadas por el particular que sin lugar a dudas configuran verdaderos impulsos procedimentales para que el Ministerio Público siga investigando y/o ejercite la acción procesal penal.

3.- El Principio de Legalidad.- Que consiste en que la Representación Social sólo podrá realizar su indagación y búsqueda de elementos probatorios, para arribar a la verdad para él formal del evento incriminatorio, apegándose a las reglas jurídicas que regulan su actuación, es decir el Ministerio Público no puede realizar la investigación a su arbitrio sino que sólo puede hacer lo que la ley le faculta y permite y solo mediante los mecanismos que la misma le autoriza para desempeñar su función, con ello se protege al gobernado de cualquier actuación fuera del marco normativo ejercitada por el Representante Social y se mantiene incólume el Estado de Derecho del país.

8.- REGLAS ESPECIALES DENTRO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA-PROBATORIA EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Tal y como se puntualizó con anterioridad, para la investigación de determinados delitos se necesitan de ciertos métodos de indagación ad hoc para lograr la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad ; y el crimen organizado como figura delictiva es sin lugar a dudas un tipo penal de difícil investigación ; aunado ello a que aparte de acreditarse los elementos del tipo penal de delincuencia organizada y la probable responsabilidad del indiciado se debe de conocer durante la investigación que realice el Ministerio Público EL CONOCIMIENTO DE LAS ESTRUCTURAS DE ORGANIZACIÓN, FORMAS DE OPERACIÓN Y AMBITOS DE ACTUACION del crimen organizado (artículo 11 LFDO), hechos que se tomaron en cuenta al realizarse la LFDO y por tal motivo se incluyeron una serie de innovaciones en materia de investigación policiaca que en verdad han revolucionado el sistema jurídico mexicano relativo a la investigación de los delitos, toda vez que verbigracia se dio el hecho inusitado de que se tuvo que reformar la Carta Magna para dar cabida a una figura investigadora denominada "Intervención de Comunicaciones Privadas", ello con el fin de combatir adecuadamente al crimen organizado. Sin embargo no solo este medio de indagación se innovo con la LFDO, sino que se dieron otros supuestos normativos que sin lugar a dudas configuran, como dice el maestro García Ramírez, un nuevo orden penal. A continuación se estudiaran los medios de investigación con los que cuenta el Ministerio Público Federal, así como las autoridades con las que realiza su investigación, para averiguar los extremos de la figura delictiva de delincuencia organizada, sin perjuicio de estudiar los medios de investigación, como medios probatorios en capítulo separado.

8-A.- COORDINACION CON LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO EN LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA-PROBATORIA.

La LFDO establece dentro del ámbito de facultades que atribuye a la autoridad una importante y espuria innovación para la indagación de los delitos previstos por la misma, confiriéndole a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos la facultad de investigar los delitos relacionados con operaciones con recursos de procedencia ilícita en coordinación con el Ministerio Público ; así establece en su artículo noveno lo siguiente :

"Artículo 9. Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en COORDINACION con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público..."

Ahora bien, si el artículo 21 de la Carta Magna establece que "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...", entendiéndose por "incumbir" el encontrarse una cosa a cargo de alguien, en consecuencia la investigación y persecución de los delitos es a cargo y es obligación única y exclusiva del Ministerio Público, entonces ¿qué intenta la LFDO al inmiscuir en un nivel de igualdad con la Representación Social a la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos en materia de lavado de dinero? Pues simplemente un absurdo puesto que dicha disposición es inconstitucional por no estar facultada por la Constitución dicha dependencia del ejecutivo federal para investigar ningún tipo de ilícito. Una cosa es que el Ministerio Público pueda auxiliarse de dicha dependencia para la investigación de ciertos delitos, solicitándole cierta información para la obtención de elementos probatorios que le permitan acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, y otra cosa es que tenga que trabajar en un plano de relaciones de equilibrio con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Estado; sin lugar a dudas ninguno de los legisladores que aprobaron la iniciativa de la LFDO se percataron de la inconstitucionalidad de dicha disposición, circunstancia que en un futuro no muy lejano propiciara que se hable de Agencia Investigadora del Ministerio Público y de Agencia Investigadora de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, lo que sin duda constituye un mazacote jurídico. A este respecto con la lucidez de criterio que caracteriza al maestro García Ramírez, menciona:

“...Una cosa es que esta dependencia tenga atribuciones para formular querrela (con esto no estoy de acuerdo por las razonamientos vertidos en páginas anteriores), en determinadas hipótesis de operación con recursos de procedencia ilícita, que pueda suministrar datos por las atribuciones que ejerce sobre el sistema financiero o que tenga interés institucional en conocer situaciones que afecten la recaudación fiscal, y otra es que la averiguación previa de todos estos delitos- tengan que ver o no con operaciones sujetas a la jurisdicción de las autoridades hacendarias- se daba hacer en forma coordinada por el Ministerio Público y la Secretaría de Hacienda. Difícilmente se podría sostener la constitucionalidad de ese artículo 9...” (67)

8-B.- CONOCIMIENTO DE ESTRUCTURAS DE ORGANIZACIÓN, FORMAS DE OPERACIÓN Y ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Establece la LFDO una disposición que en nuestro concepto unida con la acreditación de los elementos del tipo penal del *crimen organizado* y la probable responsabilidad del indiciado, es indispensable para que el Ministerio Público pueda ejercitar la Acción Procesal Penal en los casos que así lo permita la realidad fáctica; ya que establece el artículo 11 que:

“En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta ley, la investigación TAMBIÉN DEBERÁ ABARCAR el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes...”

Esta norma sin lugar a dudas es extensiva del tipo penal de delincuencia organizada, pero a la vez rebasa los mismos límites impuestos por la figura típica en virtud de que como

(67) García Ramírez, ob. Cit., pag. 131.

ya analizamos el crimen organizado como imagen rectora contiene varios verbos rectores, es plurisubjetivo, es de peligro y de daño, etc., y en tal caso su concreción en el mundo fenomenológico puede abarcar distintas formas que no necesariamente implicarían el tener una estructura de organización, una forma de operación y un ámbito de actuación; como consecuencia de ello no en todos los casos será necesario el conocimiento de todos estos requisitos para que se configure el delito de crimen organizado, sino en ocasiones se podrá conocer solo uno o dos pero con ello se acreditará el evento incriminatorio. Elementos que comprenden lo siguiente : a) el conocimiento de las estructuras de organización implica el saber y determinar la ordenación y distribución de las funciones de que esta compuesto el edificio de la delincuencia organizada ; b) el conocimiento de las formas de operación significa establecer el modo y maneras en que dirigen, supervisan, administran, maniobran, ejecutan e intervienen en el crimen organizado sus diversos miembros ; y c) el conocimiento de los ámbitos de actuación implica determinar la zona territorial en que realizan sus funciones y diligencias delictuosas los miembros del crimen organizado.

8-C.- LA ORDEN DE CATEO.

Establece el autor Jorge Obregón Heredia (68) que jurídicamente se entiende por orden de cateo "...la inspección ordenada por autoridad competente en virtud de mandamiento escrito que funde y motive para realizar un reconocimiento en casa o negocio para aprehender a alguna persona o más, o bien buscar algún objeto o algunos objetos".

Comenzando el estudio de esta figura jurídica insertada en la LFDO, desde el pináculo jurídico, podemos decir que la Constitución en su artículo 16 párrafo octavo establece que :

"...En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia..."

Como se desprende del texto, la Carta Magna consagra una serie de derechos subjetivos públicos en favor de gobernado para que sea afectada su esfera jurídica, y en este caso concretamente en el domicilio o lugar de ubicación de los objetos y de la persona tutelada por el derecho, en relación a esta garantía constitucional el insigne maestro emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México Ignacio Burgoa Orihuela establece que :

"a) La primera garantía de seguridad jurídica que condiciona el acto de cateo estriba en que la orden respectiva debe emanar de autoridad judicial en el sentido formal del

(68) Obregón, Heredia Jorge, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Talleres de Servicios Tipográficos, S.A., México 1992, pag.172

concepto, es decir, de un órgano autoritario constitutivo del Poder Judicial, bien sea local o federal.

b) En cuanto a su forma, dicha orden debe constar por escrito, por lo que un cateo ordenado o dictado verbalmente es violatorio de esta tercera parte del artículo 16 constitucional (actualmente párrafo octavo).

c) La orden de cateo nunca debe ser general, esto es, tener un objeto indeterminado de registro o inspección, sino que debe versar sobre cosas concretamente señaladas en ella y practicarse en un cierto lugar. Además, cuando la orden de cateo lleve aparejado un mandamiento de detención o aprehensión, la constancia escrita relativa debe indicar expresamente la persona o personas que han de ser objeto de estos dos últimos actos.

d) Por último, la tercera parte del artículo 16 constitucional (actualmente párrafo octavo) contiene, ya no como meras garantías de seguridad jurídica a que debe condicionar el cateo, sino como obligación impuesta a las autoridades que lo practican, el hecho de que, una vez concluida la diligencia respectiva, se levantará "un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad" que verifique aquella" (69)

Como se desprende de lo anterior el maestro en comento divide la garantía jurídica para libra una orden de cateo en cuatro subgarantías, mismas que explica con claridad y sencillez. Ahora bien ¿qué requisitos debe de reunir la orden de cateo permitida por la LFDO ? A ello respondemos que dentro del marco normativo de dicho ordenamiento el artículo 15 dispone que solo podrá ser autoridad solicitante el Ministerio Público de la Federación y autoridad solicitada un juez de distrito ; quien deberá resolver la petición dentro de las doce horas siguientes después de que sea recibida, pudiendo si así le fue solicitado acompañarla de una orden de aprehensión ; debiendo especificar el domicilio del probable responsable o aquél que se señala como de su posible ubicación, o bien el lugar que deba de catearse por tener relación con el delito, así como los demás requisitos que señala el párrafo octavo de la Carta Magna, mismos que ya han sido enunciados con antelación. Sin embargo no hay que dejar pasar por alto lo que establece el artículo 7 de la LFDO al disponer que a dicho ordenamiento legal serán aplicados supletoriamente, entre otros, el CFPP, en consecuencia al estar prevista la Institución Jurídica dentro de la LFDO es aplicable la supletoriedad de la regulación jurídica de la orden de cateo establecida en el CFPP ; cuerpo normativo que en sus artículo del 61 al 70 dispone una serie de reglas que aplicadas en suplencia a la orden de cateo establecida por la LFDO, se manifiestan de la siguiente forma :

(69) Burgoa, Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, Edit. Porrúa, México 1981, pag. 614.

1.- El Ministerio Público debe de expresar el objeto y necesidad de la diligencia ; lo anterior equivale a la garantía formal de fundamentación y motivación que debe de tener todo acto de autoridad, prevista por el artículo 16, párrafo primero del Pacto Federal.

2.- La diligencia debe de practicarse por el tribunal que la decrete o por el secretario o actuario del mismo, o por los funcionarios o agentes de la Policía Judicial que se designen en el mandamiento.

3.- El juez para decretar su práctica debe constatar que existen indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que el inculpado a quien se trate de aprehender se encuentra en el lugar-donde deba efectuarse la diligencia o que se encuentran en él los objetos materia del delito, el instrumento del mismo, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculpado- se nota de un análisis lógico de esta regla establecida por el CFPP, que la misma rebasa y por tanto es contraria al espíritu de la Constitución, puesto que la orden de cateo debe de ser específica al determinar cuales objetos son los que se buscan al practicarse el cateo, siendo estólido pensar que la orden de cateo pueda establecer como autorización escrita, lo siguiente : *"la búsqueda de instrumentos que tengan relación con el presente delito"* ; por tanto en nuestra opinión al utilizar esta norma la expresión *"otros objetos que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculpado"* , recurre indebidamente a la utilización del verbo poder, puesto que los objetos más que poder servir para comprobar DEBEN DE SERVIR PARA ELLO, y ello se logra solo mencionando en la orden respectiva, que objetos determinados se deben de buscar al practicarse el cateo en el lugar que se realice.

4.- La práctica de los cateos debe de realizarse entre las seis y las dieciocho horas ; pero si llegadas las dieciocho horas no se han terminado, podrán continuarse hasta su conclusión, excepto si se trata de caso urgente.

5.- Para la práctica de un cateo en la residencia o despacho de los poderes federales o de los estados, se debe de recabar la autorización correspondiente; y si se trata de buques mercantes extranjeros se observara lo que disponga el derecho marítimo.

6.- Al practicarse un cateo se recogerán los instrumentos y objetos del delito, así como los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se encuentren, si fueren conducentes al éxito de la investigación- se reitera en este punto la opinión que sustentamos respecto a que la autoridad que practique el cateo debe de recoger solo los instrumentos y objetos mencionados, por la orden de cateo expedida por el juez, como aquellos que se deben de buscar y no los conducentes al éxito de la investigación puesto que ello podría rebasar los límites impuestos por la orden de cateo la cual como ya lo manifestó el mismo Burgoa debe de ser específica y no genérica. Asimismo se debe de formar un inventario de dichos objetos y si el inculpado estuviere presente se le mostrarán los objetos para que los reconozca y ponga su firma o rúbrica, o en su caso sus huellas digitales haciéndose constar esta circunstancia, así como si se negare a firmar o estampar sus huellas digitales

Todo lo realizado en la diligencia se debe de expresar en una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o

negativa por la autoridad que practique el cateo (el CFPP establece en el segundo párrafo del artículo 61 que quién propondrá a los dos testigos en caso de ausencia o negativa del ocupante del lugar será la autoridad judicial que practique la diligencia ; y con ello sin lugar a dudas incurre en una antinomia puesto que no solo la autoridad judicial está facultada para practicar una diligencia de cateo).

En este momento de la investigación jurídica de la institución procesal denominada orden de cateo es dable preguntarnos ¿ qué sucede en caso de que una autoridad penetre sin orden de cateo a una hogar, y aprehenda a una persona y hasta se lleve algunos objetos del domicilio cateado ? Dicha situación, que es común su presencia en la vida cotidiana, debe de contestarse atendiendo a lo que establece el artículo 61 párrafo tercero del CFPP que dispone que cuando no se cumplan los requisitos exigidos para solicitar y realizar una orden de cateo, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar. Sin embargo Nuestros Máximos Tribunales han establecido en jurisprudencia y diversas tesis aisladas que en el caso de que una persona sea aprehendida en su domicilio sin que preceda una orden de cateo, y confiesa su participación en el delito que se le imputa, ello no impide que su confesión se nulifique sino que solo le da derecho a que proceda en contra de la autoridad que lo detuvo por el delito de abuso de autoridad, y para corroborar lo anterior se transcriben los siguientes criterios :

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 65, Mayo de 1993

Tesis: VI.1o. J/84

Página: 51

DETENCION SIN ORDENES DE APREHENSION Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESION DEL INculpADO. Aun admitiendo que el inculpado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones constitucionales que esa forma de actuar implican no son reclamables en amparo directo, ni pueden ser atribuidas a la autoridad responsable ordenadora y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculpado si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. Este tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este cuerpo colegiado analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso para ejercitar las acciones relativas ante las autoridades correspondientes.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 268/88. José Virginio Ignacio Rojas. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: Ezequiel Tlecuitl Rojas.

Amparo en revisión 47/89. Jerónimo Aco Huerta. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

Amparo directo 449/89. José Roney Córdova Ara y otros. 24 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

Amparo en revisión 334/91. Oscar Ricardo Garza Martínez y otros. 19 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretaria: Paulina Negreros Castillo.

Amparo directo 106/92. Cándido Román Sánchez. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretaria: Paulina Negreros Castillo.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 73 Segunda Parte

Página: 15

CATEO, FALTA DE LA ORDEN DE. El allanamiento del domicilio del reo sin orden de cateo no borra la antijuricidad de su conducta, pues en todo caso le da derecho a reclamar la vulneración de su domicilio o a reclamar el castigo para los funcionarios que la practiquen por abuso de autoridad, pero de ninguna manera anula tales actuaciones del resultado obtenido por los agentes de la autoridad que las llevan a cabo.

Amparo directo 2373/74. Simona Pruneda Ayala de Reyes. 24 de enero de 1975. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Ahora bien interesante resulta manifestar que los anteriores supuestos de nuestros Máximos Tribunales se refieren a la reclamación de la orden de cateo en Amparo Directo, hipótesis normativas que para bien o para mal están apegadas a la técnica del Amparo Directo, pero ¿qué sucede si se reclama la aprehensión de una persona en su domicilio sin que exista orden de cateo ni de aprehensión, en amparo indirecto? Pues simple y sencillamente daría un sobreseimiento al amparo por operar la causal de improcedencia establecida en el artículo 73 fracción IX de la Ley de Amparo, que se refiere a los actos consumados de un modo irreparable; y es en esta situación en donde queda un trago amargo respecto a los alcances de nuestro noble juicio de amparo, ya que solo procederá el amparo directo cuando se sepa que se realizara un cateo en el domicilio del quejoso. Así en consecuencia, una violación a la privacidad humana dentro de su domicilio, solo es "reparable" a través de su denuncia ante la autoridad correspondiente, por más que la diligencia no tenga ningún valor probatorio en el procedimiento instaurado en contra de la persona afectada. Por otro lado en nuestra opinión igual situación se presentaría en el caso de que la autoridad penetrara a un domicilio y recogiera diversos objetos que en su concepto tuvieran relación con el delito a investigar.

Finalmente en tratándose de delincuencia organizada se aplicaría el mismo supuesto manifestado con anterioridad. Queda solo por expresar los recursos que establece la LFDO para el caso de que el Juez de Distrito no dicte la orden de cateo dentro del término de doce horas que prevé dicho ordenamiento legal; estableciéndose dos supuestos :

a) Si el juez no resuelve el pedimento de la orden de cateo dentro del plazo de doce horas el Ministerio Público de la Federación podrá recurrir al tribunal unitario de circuito correspondiente para que éste resuelva en un plazo igual.

El anterior recurso establecido por la LFDO es suigeneris toda vez que no se conocía con anterioridad, manifestando el maestro García Ramírez (70) que : "...Lo anterior crea un nuevo recurso en el orden procesal penal mexicano -restringido, específicamente, a esta forma precisa de agravio recogida sólo por la LFDO-, que se agrega a los de revocación, apelación, queja, nulidad y reposición del procedimiento, contenidos en la legislación ordinaria. El nuevo recurso aún no tiene denominación legal. Se le pudiera bautizar, tomando en cuenta sus características y sus efectos devolutivos, como recurso de resolución subsidiaria..." Sin embargo debemos manifestar que si la finalidad de todo recurso es que se confirme, revoque o modifique una resolución judicial, y si en el caso a estudio el Superior Jerárquico dicta la resolución que debió de dictar el Juez de Distrito pues con ello no realiza la finalidad de todo recurso y en consecuencia esta figura procesal a estudio no es recurso, y solo se debería de denominar "Solicitud de resolución subsidiaria". Situación anterior de la que se da cuenta el mismo García Ramírez al manifestar : "...En el caso que ahora estudiamos, el ad quem dicta la resolución que debió expedir el a quo ; obviamente, no la revoca, modifica o confirma, en virtud de que no existe resolución antecedente sobre la cual actuar en esas formas..."

b) El auto que niega la autorización de practicar la orden de cateo es recurrible por parte del Ministerio Público de la Federación, quién podrá apelar ante el superior jerárquico mismo que deberá resolver en un plazo de cuarenta y ocho horas.

En relación a esta configuración procesal, en opinión nuestra se establece con falta de técnica legislativa que "el auto que niegue la autorización o la prórroga, es apelable por el Ministerio Público de la Federación ; y que en dichos casos la apelación deberá ser resuelta en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas". Y se dice lo anterior toda vez que en el caso de que el juez natural no resolviera dentro del plazo de doce horas que marca la propia LFDO, y en tal situación el representante social acudiera ante el Tribunal Unitario de Circuito correspondiente, y esta autoridad dictara subsidiariamente un auto en el que negará la autorización de realizar la orden de cateo, entonces ¿ ante qué autoridad apelaría dicho auto el Ministerio Público de la Federación ?, o bien ¿ se creará una nueva autoridad que conozca de las apelaciones por resoluciones de un tribunal unitario en materia de ordenes de cateos ?

(70) García Ramírez, ob. Cit., pags. 142-143.

8-D.- LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

Como se ha mencionado en este trabajo la creciente ola de criminalidad y delincuencia que azota a la sociedad mexicana, propicio que el Estado llegará a ser amenazado en su propia estructura y soberanía, motivo por el cual se acudió a la realización de una serie de análisis tendientes a combatir eficazmente el crimen organizado y para ello se dieron y ensayaron varios proyectos jurídicos que culminaron con la LFDO, y que en estos momentos, hay que decirlo, en poco ha disminuido la delincuencia organizada, toda vez que a la fecha el propio Presidente de los Estados Unidos Mexicanos ha lanzado la Cruzada Nacional en contra del Crimen y la Delincuencia promoviendo con ello una serie de nuevas reformas penales que intentan disminuir la criminalidad, pero más que ello en realidad no logrará su cometido en virtud de que más que atacar la raíz del problema como lo es la nefasta política económica actual del país y el creciente desempleo que desgarr a la ciudadanía, así como la deficiente educación humanística que se imparte en las escuelas públicas donde más importa la tecnología que el espíritu humano. Y la intención manifiesta del Estado por conducto de su Órgano Ejecutivo se reitero en el cuarto informe de gobierno del día primero de septiembre de mil novecientos noventa y ocho donde el Presidente Zedillo insistió sobre su convicción de combatir a la delincuencia con la fuerza legislativa y coercitiva del Estado, esto es con establecer penas más severas y con reducción de beneficios de libertad para los sentenciados. En fin lo importante es que a raíz de la necesidad estatal de combatir el crimen organizado con la utilización de la tecnología moderna que permitiera realizar investigaciones eficaces y crear pruebas idóneas para procesar a los delinquentes, se llegó a la convicción de la necesidad de legislar para que se le permitiera al Estado intervenir las comunicaciones privadas, pero como lo manifestamos a los brillantes legisladores se les olvidaba el artículo 16 del Pacto Federal que garantizaba la libertad de comunicación, y por ello se guardo en el congelador la LFDO hasta en tanto no se acomodará a su contenido la Constitución Federal, así se tuvo que constitucionalizar la LFDO y se introdujo sin respeto alguno en la Constitución en su artículo 16 la Facultad Estatal para Intervenir Comunicaciones Privadas, así dicho artículo en sus párrafos noveno y décimo establece que :

“... Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacia de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá *fundar y motivar las causas legales de la solicitud expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.* La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas mismas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio...”

La regla general es que las comunicaciones privadas son inviolables, siendo la excepción en materia penal que fue lo que motivo la susodicha reforma constitucional, y manifestándose deficiente la técnica legislativa del Constituyente en relación a la lista de materias sobre las cuales la autoridad competente no puede otorgar la autorización de intervención de comunicaciones privadas; hubiese bastado con decir que solo se autorizara la intervención de comunicaciones en materia penal, sin que ello en ningún caso comprenda la comunicación del inculcado con su defensor, sin embargo legislado y en vigor se encuentra. Asimismo es interesante resaltar que los requisitos constitucionales para que el Ministerio Público de la Federación y de las entidades federativas soliciten la intervención de comunicaciones privadas solo se reducen a cuatro que son:

- 1.- Que la solicitud este fundada y motivada;
- 2.- El tipo de intervención de comunicación privada;
- 3.- Los sujetos que se van a intervenir; y
- 4.- El tiempo de duración de la intervención de la comunicación privada.

Anteriores requisitos que protegen los derechos subjetivos públicos de los gobernados, protección que se ve aumentada por los requisitos establecidos por la LFDO, por ello es importante mencionar en este momento que siempre hay que tener presente los requisitos constitucionales que establece la Carta Magna para la intervención de comunicaciones privadas, ya que bien puede suceder que otras leyes secundarias establezcan menos requisitos que los establecidos por la LFDO para solicitar, autorizar y ejecutar una orden de intervención de comunicaciones privadas, sin que con ello violenten la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por último también la Constitución faculta a los Ministerios Públicos Estatales para que soliciten intervención de comunicaciones privadas, sin embargo dados los objetivos que se han trazado para el desarrollo de la presente obra se ha decidido no entrar al estudio de esta facultad estatal que origino que igualmente se reformara la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, por ello solo se estudiara la intervención de comunicaciones privadas dentro del ámbito de actuación de la LFDO. A continuación se entrará al estudio de los requisitos formales que establece la LFDO para la solicitud, procedencia, emisión y ejecución de la orden de intervención de comunicaciones privadas.

REQUISITOS QUE DEBE DE REUNIR LA SOLICITUD REALIZADA POR EL MINISTERIO PUBLICO.

a) *Preceda denuncia de un hecho que sea reputado como ilícito de delincuencia organizada.*- Circunstancia que debe de constatar el Juez de Distrito por ser indispensable dicho requisito para la iniciación de cualesquiera procedimiento penal dentro del Sistema Jurídico Mexicano, y que en términos de la LFDO es el único requisito que se requiere dado que la querrela no cabe en su seno por la gravedad de los ilícitos que contempla, claro sin dejar a un lado las aberraciones jurídicas de la delación secreta y anónima que se encuentran reguladas y en vigor por dicho ordenamiento jurídico.

b) Existencia de una persona o serie de personas sobre las que se tenga la fundada creencia de que son miembros de la delincuencia organizada.- Es decir deben de existir pruebas que permitan tener la convicción de que las personas a intervenir pertenecen a la

delincuencia organizada, sin importar por tanto la gravedad del ilícito que hayan realizado si no es de los que contempla la LFDO.

c) Ser realizada por la autoridad competente, que en este caso solo lo es el Procurador General de la República del Estado Mexicano o el Titular de la Unidad Especializada.- Este requisito es sin lugar a dudas una extensión de la garantía de seguridad jurídica establecida por el párrafo primero del artículo 16 Constitucional, y con ello se evita la actuación arbitraria de algunos Ministerios Públicos, toda vez que la esfera de competencia solo se reduce a dos funcionarios públicos.

d) Ser realizada por escrito ante Juez de Distrito Competente.- Con ello se ratifica el sistema escrito que prevalece en el ordenamiento jurídico mexicano, evitándose con ello las solicitudes verbales y que no dejan constancia de su apego a derecho.

e) Establecer la expresión del objeto y necesidad de la intervención.- Se dispone que el Ministerio Público de la Federación manifieste cual es el conocimiento que intenta adquirir con la operación de *intervenir comunicaciones privadas*; esto sin lugar a dudas va muy de la mano con el conocimiento de estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación del crimen organizado, elementos que debe también investigar por imperativo de la LFDO la Representación Social. Y por otro lado debe de establecer que esa intervención es necesaria para la consecución exitosa de la investigación, es decir el legislador al utilizar el verbo *necesitar*, busco limitar las solicitudes del Ministerio Público a solo cuando dicha autoridad establezca que es imposible por otro medio probatorio indagar la verdad histórica, que es menester e indispensable para el éxito de la investigación la realización de la *intervención de comunicaciones*.

f) Expresar los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada.- Es decir la representación social manifestara los datos, pruebas y elementos por los cuales deduzca lógicamente que en algún o algunos delitos previstos por la LFDO participa la persona a investigar por medio de la intervención de comunicaciones privadas.

g) Expresar los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretendan probar.- Esta regla sin lugar a dudas solo es de carácter formal en virtud de que en el artículo 21 de la LFDO, se establece lo que denominamos una convalidación de los vicios que pudiera tener la intervención de la comunicación privada con relación a esta regla, ya que dice el tercer párrafo de dicho artículo que: "... Cuando la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretendan probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta ley. Si se refieren a una persona distinta sólo podrán utilizarse, en su caso, en el procedimiento en que se autorizó dicha intervención. De lo contrario, el Ministerio Público de la Federación iniciará la averiguación previa o lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, según corresponda..."

h) Expresar la persona o personas que serán investigadas.- Aquí se busca que la solicitud sea específica, es decir que señale concretamente a la persona o personas que

estarán sujetas a intervención de comunicaciones. Sin embargo hay que manifestar que dentro de las reglas generales de investigación establecidas en la LFDO el artículo 11 párrafo segundo dispone que también se investigará a las personas morales de las que se valgan los miembros de la delincuencia organizada para la realización de sus fines delictivos, y es aquí donde nos preguntamos ¿ Se podría solicitar por parte del Ministerio Público, que sean intervenidas las comunicaciones privadas de una persona o personas morales ?

i) Expresar la identificación del lugar o lugares donde se realizará.- Este requisito se refiere al ámbito espacial dentro del cual se llevará a cabo la intervención de comunicaciones privadas, pudiendo englobar diversos estados de la república, o bien algunas ciudades, municipios o lugares de un solo estado, todo dependiendo del marco territorial en donde se desenvuelva la persona o personas sujetas a investigación.

j) Establecer el tipo de comunicación privada a ser intervenida.- Con esto se establece una protección a la privacidad del gobernado puesto que se necesita de la delimitación y especificación de la comunicación privada a ser intervenida, evitándose con ello posibles arbitrariedades dentro de la administración de justicia; sin embargo cual criterio se debería aplicar en caso de que en la práctica la Representación Social estableciera dentro del tipo de comunicación privada a ser intervenida, una lista que englobará todo tipo de comunicación ¿ eso sería ilegal o legalmente permitido ?

k) Expresar la duración temporal de la intervención de la comunicación privada.- A través de este requisito la LFDO, pretende que el Ministerio Público haga un calculo probable del ámbito temporal que debe abarcar la intervención de la comunicación privada para el éxito de la investigación policiaca. Pero hay que dejar en claro que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas no puede exceder de seis meses, excepto si el Ministerio Público de la Federación acredita con nuevos elementos la necesidad de su realización.

l) Establecer el procedimiento a seguir y los equipos técnicos con los que se realizará la intervención de la comunicación privada.- La Representación Social debe establecer los lineamientos generales que abarcará la intervención de la comunicación privada, *verbigracia si será necesaria el auxilio de alguna compañía de comunicaciones, o si bien diversos peritos oficiales realizaran el seguimiento de la intervención de comunicaciones; y por supuesto lo anterior debe de englobar los equipos técnicos que se utilizarán, mismos que por los adelantos tecnológicos modernos no nos atrevemos a mencionar por el riesgo de nombrar equipos obsoletos actualmente.*

m) Expresar la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.- Con este requisito se establece que se necesitara la identificación específica de la persona (que por regla general será moral) que presta sus servicios de comunicación a la persona objeto de la intervención, llámesele TELCEL, TELMEX, IUSACEL, etc. ; sin que lleguemos a comprender la finalidad de este requisito.

QUE COMUNICACIONES PRIVADAS PUEDEN SER INTERVENIDAS

El artículo 16 de la LFDO en su último párrafo nos da la respuesta a este cuestionamiento al establecer que :

“...Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores...”

Restando simplemente por comentar el reiterado error en que incurre el legislador al enumerar los medios de comunicación, tratando con ello de abarcar todos sus tipos posibles. Hubiera bastado con decir cualquier tipo, medio o forma de comunicación. que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

REQUISITOS PARA QUE EL JUEZ DICTE LA AUTORIZACION DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

a) Preceda denuncia.- Requisito de procedibilidad indispensable para la iniciación del procedimiento penal en materia de delincuencia organizada, toda vez que los delitos que persigue son de naturaleza grave, y por ende es imposible que se llegará a configurar la querrela ; claro no hay que dejar de lado las inconstitucionales pero en vigor delación anónima y delación secreta previstas por la misma LFDO.

b) Constatar la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada (artículo 18).- Con esto el legislador estableció una facultad de apreciación en favor del juzgador ya que éste deberá analizar concienzudamente las pruebas que le proporcione la Representación Social para poder determinar si existen esos indicios suficientes mencionados. Sin embargo es justo preguntarnos ¿ acaso el juez debe establecer, igualmente, que se acreditan los elementos del tipo penal de crimen organizado, al analizar los indicios que pueden hacer presumir fundadamente que la persona a intervenir pertenece a la delincuencia organizada ?

c) Constatar que la intervención es el medio idóneo para allegarse elementos probatorios.- Requisito establecido en el artículo 18 de la LFDO como una facultad de apreciación del Juez de Distrito, y cuyo ejercicio es de suma importancia, para la emisión de la orden de autorización de intervención de comunicaciones privadas toda vez que si existe otro medio probatorio por el cual se pueda probar la participación de una persona en la delincuencia organizada la orden no debe autorizarse. Esta interpretación de tal requisito la explica con genialidad el maestro García Ramírez (71) al manifestar “...En el texto aprobado se manifiesta que el juez debe estimar que la intervención requerida “es el medio-

(71) García Ramírez, ob. Cit., pag. 145.

idóneo para allegarse de (sic) elementos probatorios”. Nótese que se dice “el” medio idóneo, no “un” medio idóneo. La interpretación restrictiva de ese texto- que es la interpretación debida, tratándose de afectar derechos públicos subjetivos- permite concluir que la intervención ha de ser el único procedimiento al alcance de la autoridad para obtener los elementos probatorios que necesita. Si hay otra forma de allegarse pruebas -es decir, si la intervención es apenas “un” medio idóneo, pero no el único-, debe optarse por esa forma y negarse la intervención solicitada...”

d) Dictarla dentro del término de doce horas siguientes a que fue recibida la solicitud. Sin embargo si no resuelve la autoridad judicial, el Ministerio Público de la Federación podrá recurrir al tribunal de alzada para que éste resuelva en un plazo igual. Y en su caso ante el auto que niegue autorizar la orden de intervención de comunicaciones privadas, el Ministerio Público de la Federación podrá acudir en apelación ante el Superior Jerárquico mismo que deberá resolver el recurso en un plazo de cuarenta y ocho horas. En este punto se reiteran los argumentos manifestados al tratar sobre este tipos de Instituciones Procesales, al analizar la orden de cateo.

e) Determinar las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración. Y para garantizar la colaboración de los concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención, la LFDO establece en su artículo 26 que en los términos del presente capítulo, deberán colaborar eficientemente con la autoridad competente para el desahogo de dichas diligencias ; de conformidad con la normatividad aplicable y la orden judicial correspondiente.

f) Señalar las comunicaciones que serán escuchadas o interceptadas, los lugares que serán vigilados, y el periodo durante el cual se llevarán a cabo las intervenciones, el que podrá ser prorrogado a petición del Ministerio Público de la Federación hasta por seis meses.- A través de lo anterior el juzgador establece un ámbito espacial, temporal y de objetivos específicos de alteración sobre el derecho a la privacidad del gobernado en aras de la investigación del crimen organizado, evitando con ello a la vez cualesquiera alteración arbitraria por parte del Ministerio Público ya que lo sujeta indeclinablemente al principio de legalidad que debe de investir toda la actividad investigadora de la Representación Social.

Finalmente hay que mencionar que el Ministerio Público de la Federación puede realizar prorrogas de dichas autorizaciones hasta por un término de seis meses, así como realizar nuevas solicitudes que incluyan nuevos lugares, personas y formas de intervención de comunicaciones privadas.

También habrá que decir que es notable la discrepancia de requisitos establecidos para la solicitud de autorización de intervenir comunicaciones privadas y los requisitos que debe contener la orden emitida por el juez, ante ello García Ramírez (72) dice: “...es preciso suponer que la autorización jurisdiccional corresponderá al planteamiento de la autoridad---

(72) García Ramírez, ob. Cit., pag. 150.

que formula el requerimiento : no irá más allá, pero tampoco carecerá de precisiones en torno a los datos que hace valer el solicitante ; si ocurriera esto último, nos hallaríamos ante una zona oscura entre la petición y la autorización, que no puede ser colmada a discreción del funcionario que formuló aquélla o del que hará materialmente la intervención...”

REGLAS A QUE DEBEN SUJETARSE LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES PRIVADAS POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

a) Ser realizada bajo la responsabilidad del Ministerio Público de la Federación, con la participación de perito calificado.

b) Levantarse acta circunstanciada por el Ministerio Público de la Federación, que contendrá :

- 1.- Las fechas de inicio y término de la intervención ;
- 2.- Un inventario pormenorizado de los documentos, objetos y las cintas de audio o video que contengan los sonidos o imágenes captadas durante las misma ;
- 3.- La identificación de quienes hayan participado en las diligencias ; y
- 4.- Los demás datos que se consideren relevantes para la investigación.

c) Las cintas originales y el duplicado de cada una de ellas, se numerarán progresivamente y contendrán los datos necesarios para su identificación, y se guardarán en sobre sellado y el Ministerio Público de la Federación será responsable de su seguridad, cuidado e integridad.

8-E.- OTRAS REGLAS DE INVESTIGACION.

LOS REQUERIMIENTOS A OTRAS AUTORIDADES PARA OBTENER INFORMACION.

En relación a los requerimientos sobre información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, establece el artículo 9 de la LFDO que el Ministerio Público de la Federación, lo hará por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ; y los de naturaleza fiscal a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

LA PETICION DE PRACTICA DE AUDITORIAS A LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Establece el artículo 10 de la LFDO que a solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada.

Poderoso instrumento de poder se le otorga a la Representación Social toda vez que puede solicitar se practiquen auditorías, cuando el considere que existen indicios suficientes que hacen presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada una

persona física o moral. Aunque no deja de quedar inexplicable que tipo de aportación probatoria tendrá la práctica de la auditoría, en la acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado respecto del crimen organizado puesto que si incumple sus obligaciones fiscales ello configura un hecho ilícito diverso al de delincuencia organizada. Tal vez sea un instrumento de presión, como el decomiso de bienes que regula el artículo 29 de la LFDO. Eso sí con ello se matan dos pájaros de un tiro puesto que si en determinado momento se comprueba que la persona física o moral incumplió sus obligaciones tributarias y por el otro no se le comprueba su participación en la delincuencia organizada, la auditoría tendrá valor fiscal pero no penal. A decir del inminente fiscalista regiomontano Sergio Francisco de la Garza (73) quien al hablar de las visitas domiciliarias y de auditoría menciona que: " Se consideran como el medio de fiscalización por excelencia. Revisten dos modalidades :

- A. Las de inspección, que buscan comprobar el cumplimiento de un impuesto en particular, generalmente los impuestos especiales regulados por la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, y que se caracterizan normalmente por su brevedad.
- B. Las de auditoría, que buscan la comprobación integral del cumplimiento de obligaciones tributarias y que por ello tienen una duración superior."

Con lo anterior el autor en comento explica que la auditoría corresponde a lo que se conoce como una visita domiciliaria que debe reunir los requisitos constitucionales que establece el artículo 16 y los requisitos establecidos por los artículos 38, 43 y demás relativos y aplicables del Código Fiscal de la Federación, instrumento poderoso con el que cuenta el Representante Social en materia de delincuencia organizada y cuya falta de regulación específica de ejercicio puede provocar arbitrariedades por parte de la Institución Social toda vez que en sus manos se deja decidir si se practica una auditoría o no.

Finalmente en dicha actividad investigadora es notable la innovación de investigar no solo a personas físicas sino a personas morales, siendo inconcuso que las personas morales carecen de imputabilidad en consecuencia las personas físicas no pueden trasladarles el dolo abstracto-concreto de los delitos previstos por la LFDO. Sin embargo creemos que tal regla es una innovación de política criminal, puesto que es un hecho conocido que en múltiples ocasiones la delincuencia organizada adopta la forma de persona moral para la consecución de sus fines delictivos.

LA NEGOCIACION DE DELINCUENTES ANTE EL MINISTERIO PUBLICO.

Se desprende de los artículos 35 y 36 de la LFDO la innovación de una institución denominada negociación criminal, misma que configura lo que nosotros denominaremos confesión con testimonio negociado. Negociación que dentro del tema que estamos estudiando y que lo es el Periodo de Preparación de la Acción Procesal Penal en su etapa de

(73) Francisco de la Garza Sergio Derecho Financiero Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1990, pag. 734.

investigación, proporciona un instrumento de investigación y de probanza eficaz en contra del crimen organizado; y cuyo beneficio dependerá de dos supuestos: la autoinculpación del colaborador y la proporción de datos y elementos que permitan incriminar a otros sujetos de la delincuencia organizada. Sin embargo la regulación jurídica de esta institución procedimental deja mucho que desear y obligara a difíciles interpretaciones judiciales ; toda vez que siguiendo el pensamiento del maestro García Ramírez (74) surgen los siguientes problemas : a) el Ministerio Público y el juez se enfrentarán a la delicada cuestión de valorar el testimonio del colaborador, apoyándose para ello por supletoriedad en el artículo 289 del CFPP ; b) al colaborador solo se le exigirá que proporcione pruebas relativas a la organización delictuosa de la que es partícipe o bien que suministre pruebas relativas a otro tipo de crimen organizado en el cual no partícipe ; y c) el perdón de las penas abarca tanto la pena por crimen organizado como la pena por los delitos específicos previstos por la LFDO.

Así en este orden de ideas y en relación al tema de la investigación policiaca que nos ocupa el artículo 35 de la LFDO establece :

“ El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes :

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona ;
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador este implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes...”

En relación a estas reglas que se dan dentro de la averiguación previa es pertinente mencionar que “No hay norma constitucional que dispense al Ministerio Público -órgano del Estado de derecho- de actuar conforme a las atribuciones que le confiere el artículo 21. En suma, el M.P. concede un tratamiento favorable que sólo corresponde, en estricto rigor constitucional, al Congreso de la Unión: la Constitución atribuye a éste la potestad de “conceder amnistias por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación” (artículo 73, fracción XXII)...”(75) Por otro lado es importante resaltar que en la primera regla solo se requiere la aportación de elementos que permitan la averiguación de otros miembros de la delincuencia organizada y en la segunda regla se necesita la aportación de elementos de prueba que permitan CONSIGNAR a otros miembros de la delincuencia organizada.

(74) García Ramírez, ob. Cit., pags. 115-116.

(75) García Ramírez, ob. Cit., pag. 119.

Finalmente estas reglas establecidas en el artículo 35 de la LFDO guardan estrecha relación con el numeral 36 que establece una regla específica que se aplicara en el caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación del colaborador y que involucren al mismo en el delito de delincuencia organizada, en cuyo supuesto para negociar las benevolencias penales el colaborador debe suministrar información que corroborada con otros indicios de prueba sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador. Nótese que se pide la detención y el procesamiento de individuos de mayor peligrosidad (criterio subjetivo) o jerarquía que el colaborador; es decir que permitan aprehender al miembro del crimen organizado hasta el dictado del auto de formal prisión.

LA INFILTRACION DE AGENTES DE LA POLICIA JUDICIAL A LAS REDES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Esta regla de investigación establecida por el artículo 11 de la LFDO, cuya finalidad es conocer las estructuras de organización, las formas de operación y los ámbitos de actuación del crimen organizado se queda dentro de un laconismo que deja abierta toda una gama de posibilidades respecto ¿ a qué criterios se seguirán para reclutar al personal que quiera o deba introducirse fictamente como miembro del crimen organizado ? o sobre ¿ qué pasaría en caso de que dicho agente realizara para la debida consecución de sus fines algún o algunos de los delitos contemplados por la legislación penal ? o bien ¿habría un limite temporal y espacial de la autorización para infiltrar a un agente policiaco a las redes del crimen organizado ?

Es notable establecer que solo el Procurador General de la República podrá ordenar la infiltración de agentes policiacos a una organización delictuosa, ello debido a lo confidencial con que debe manejarse esta regla de investigación, evitándose a la vez lo que se denomina como fuga de información, así en caso de que cualquier otra autoridad ordene la infiltración los resultados que arroje esta participación investigadora no podrán ser valorados por el juez que conozca del asunto por existir incompetencia formal de la autoridad emisora del acto. Aquí surge igualmente otra pregunta ¿qué sucedería en el caso de que el agente infiltrado descubriera a una organización pero dedicada a otro tipo de ilícitos no previstos por la LFDO ?

9.- LA UNIDAD ESPECIALIZADA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Establece la LFDO la creación de una estructura especial para la investigación de la delincuencia organizada, la cual por supuesto deberá contar con personal de elite debidamente capacitado para los fines indagatorios que se buscan en la integración del delito de crimen organizado. El artículo 8 de la LFDO establece que la Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por Agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos. Igualmente dicho ordenamiento legal prevé un cuerpo técnico de control en materia de intervención de comunicaciones privadas que verificará la

autenticidad de los resultados y establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar así como sobre la guarda, conservación y mantenimiento y uso de los mismos.

Respecto a los requisitos que deben de cumplir los servidores públicos que conformen dicha unidad especializada la LFDO se remite a lo que establezca el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ordenamiento legal que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1996, mismo que mediante reforma publicada el día treinta de abril de 1997 creo la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Salud y la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada, esta última con el complejo de atribuciones que le confiere la LFDO, La LOPGR (artículos 8 y 13) y demás disposiciones aplicables, siendo pertinente criticar la nefasta redacción del artículo 19 bis del Reglamento en comento puesto que en dos ocasiones menciona las atribuciones de esta Unidad de Elite y asimismo recurre inmoderadamente a remitir a otras disposiciones y al famoso artículo bis. El Titular de la Unidad Especializada será nombrado por el Procurador General de la República, persona que por disposición del artículo 3 del Reglamento es considerado como Ministerio Público con ello se descubrió el hilo negro, en fin- el cual, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

I.- Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos y que no adquiriera otra nacionalidad (reforma publicada el 23 de enero de 1998, con *vacatio legis*, entrando en vigor el 20 de marzo de 1998). Esta disposición en mi concepto no es aplicable al establecerse en el artículo 7 del Reglamento de la LOPGR que se requiere para ser titular de una Unidad Especial solo ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;

II.- Ser de notoria buena conducta y no haber sido condenado por sentencia irrevocable como responsable de un delito doloso o por delito culposo calificado como grave por la ley, ni estar sujeto a proceso penal. Igualmente en el artículo 7 del Ordenamiento legal mencionado se elimina que haya sido condenado por delito culposo calificado como grave por la ley;

III.- Contar con título de Licenciado en Derecho expedido y registrado legalmente y con la correspondiente cédula profesional;

IV.- Tener por lo menos un año de experiencia profesional como Licenciado en Derecho. (En el caso de delincuencia organizada, experiencia de cuando menos 5 años);

V.- En su caso tener acreditado el Servicio Militar Nacional;

VI.- Acreditar que se han cumplido los requisitos de ingreso, relativos a la selección de Agente, siendo indispensable la aprobación del concurso de ingreso que establezca el Servicio Civil de Carrera de acuerdo con las disposiciones jurídicas aplicables;

VII.- No hacer uso ilícito de sustancias psicotrópicas, estupefacientes u otras que produzcan efectos similares, ni padecer alcoholismo;

VIII.- No estar suspendido ni haber sido destituido o inhabilitado por resolución firme como servidor público en los términos de las normas aplicables; y

IX.- Los demás requisitos que establezcan otras disposiciones legales.

Por su parte el demás personal: Ministerios Públicos, policías judiciales y los peritos adscritos a esta Unidad deberán de cumplir con los requisitos ya establecidos en la LOPGR y su reglamento a los cuales nos remitimos. Y asimismo, específicamente, todos deben de

aprobar PERIODICAMENTE evaluaciones médicas y de aptitudes físicas, toxicológicas, psicológicas, del entorno social y situación patrimonial, poligráficas y demás que establezca el Procurador, ello con el fin de garantizar el debido cumplimiento a los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad e imparcialidad a que esta sujeta la Representación Social, y asimismo para con ello velar por la adecuada selección, promoción, permanencia y alto nivel profesional de los mismos. El procurador determinará las características, términos, modalidades y periodicidad con que se practicarán las mencionadas evaluaciones, quién no apruebe dichas evaluaciones no ingresara a la PGR o bien dejará de prestar sus servicios en la misma (artículos 11 bis 1, 11 bis 2 y 11 bis 3 del Reglamento de la LOPGR).

10.- LA FUNCION PERSECUTORIA O EJERCICIO DE LA ACCION PROCESAL PENAL.

Como manifestamos al inicio del presente capitulo en la actualidad las funciones que desempeña el Ministerio Público son por disposición expresa del artículo 21 Constitucional la investigación y persecución de los delitos, comprendiéndose en nuestro concepto por esto último el ejercicio de la Acción Procesal Penal, así antes de emitir nuestra opinión respecto a lo que consideramos constituye la acción procesal penal o función persecutoria del Estado en la actualidad es pertinente hacer un recorrido por diversos autores para conocer su pensamiento.

OPINION DE JAVIER PIÑA Y PALACIOS

“Dos orígenes podemos dar a la acción penal, uno jurídico, que es el delito, y otro legal, que es el artículo 21 ; pero en cuanto al ejercicio de la acción no pueda principiar sino hasta que se llenen los requisitos del artículo 16 Constitucional” (76)

Mas adelante en su obra Javier Piña y Palacios siguiendo a Chiovenda dice que “...la acción penal, nuestra acción penal, es un poder potestativo que tiene el Ministerio Público mediante el cual provoca la actividad jurisdiccional para la actuación de la ley penal...” (77) Sin embargo el anterior concepto del insigne jurisconsulto se basaba sobre el ahora superado criterio de la Corte de la Nación respecto a que solo al Ministerio Público le correspondía única y exclusivamente el ejercicio de la Acción Penal y si este la ejercitaba si quería o bien si quería no la ejercitaba. Aunque cabe destacar que dicho autor propuso en su época la innovación en la Constitución de un capítulo intitulado “De los Derechos de la Sociedad” mediante el cual se protegieran los derechos de la sociedad y entre los cuales se estableciera el derecho a reparar el daño que se le causa con el delito, y ello en el caso de --

(76) Javier Piña y Palacios, Derecho Procesal Penal (Apuntes para un Texto y Notas sobre Amparo Penal, México 1948), pag. 69.

(77) Piña y Palacios, ob. Cit., pag. 91.

que el Ministerio Público no ejercitara la acción penal se lograría con la intervención de la Corte, quien conocería del caso no por el particular ofendido, sino por un miembro de la sociedad.

Respecto al ejercicio de la Acción Penal dicho autor establece que "...El periodo de investigación se transforma en el de persecución en cuanto de actuar como Policía Judicial persigue la comprobación del delito...En consecuencia si la Investigación es el producto de la Facultad de Policía Judicial no puede formar parte del ejercicio de la acción penal : nunca el medio preparatorio del ejercicio de la acción es el ejercicio de la acción misma..." (78) Y finalmente el mencionado maestro establece que en México el ejercicio de la Acción Penal es divisible en tres periodos : a) persecutorio en el cual el Ministerio Público buscara comprobar el delito, la responsabilidad y participación del inculcado ; b) acusatorio en el que con base en el conocimiento que llegue a obtener de la verdad histórica adoptara una determinada posición para el juicio del juez ; y c) nuevamente persecutorio (condicionado a la interposición del recurso de apelación ya sea por la Representación Social o por cualquiera de las partes) en el que se solicitará al Tribunal de Alzada que resuelva de acuerdo con lo que se le pidió al A quo, o bien que confirme lo que este resolvió. Finalmente dicho jurista afirma que la Acción Penal en México tiene su propia naturaleza sin que sea válido invocar doctrina extranjera.

OPINION DE MANUEL RIVERA SILVA

Este jurista cuya doctrina es ampliamente conocida en el medio jurídico mexicano, manifiesta, como es su costumbre con sencillez y diáfananamente, que el Estado como representante de la sociedad tiene el derecho obligación de resguardar la armonía social, y por tanto a este le corresponde originariamente ser titular de la acción penal, la cual le nacerá al momento en que se cometa algún delito y una vez que lo compruebe y localice a posible autor acudir ante los tribunales para que digan el derecho ; lo anterior se divide en lo que se conoce como la acción penal en abstracto, acción penal en concreto y acción procesal penal, así dicho jurisconsulto manifiesta "...El estado, por su calidad de Estado, tiene en abstracto la función persecutoria, la cual es permanente e indeclinable y, por ende, en ningún momento puede extinguirse...Cuando en el mundo histórico aparece la comisión de un delito, el derecho abstracto del Estado se concreta surgiendo la obligación de actuar, o lo que es lo mismo aparece la acción penal, constituida así, por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley...Con base en la certeza a que alude en el inciso anterior, nace el ejercicio de la acción penal (la consignación), o, lo que es lo mismo, la necesidad de ir a excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto. En este momento termino la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el inicio del ejercicio de ella- como consecuencia de lo anterior dicho autor conceptúa el ejercicio de la acción penal- como un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso...Por las razones indicadas, debe independizarse la acción penal de la acción---

(78) Pifa y Palacios, ob. Cit., pags. 96-97.

procesal penal, permitiéndonos lo que antecede, reiterar que la primera nace con el delito y la procesal penal no tiene como presupuesto forzoso la presencia de un acontecer delictivo..." (79) Finalmente afirma con base en lo anterior que lo que motiva el ejercicio de la acción penal es la creencia o estimación del Ministerio Público de que los hechos que le fueron dados a conocer por medio de denuncia o querrela, y los cuales investigo así como a sus posibles autores constituye un delito que se adecua a una hipótesis normativa penal; y que como consecuencia de lo anterior la acción procesal penal inicia cuando principian las actividades ante el juzgador con la finalidad de que declare el derecho. Lo anterior se traduce en que la acción procesal penal principia con la consignación, y termina con la emisión de las conclusiones en primera instancia o con la expresión de agravios en la segunda instancia.

OPINION DE GUILLERMO COLIN SANCHEZ

Manifiesta que: "La acción penal, está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada - sigue diciendo- En el campo doctrinario, el concepto de acción aun sigue discutiéndose; empero, hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico..."(80) A continuación establece diversas definiciones que han dado distinguidos juristas respecto del concepto de acción- que puede ser tanto civil como penal- para enseguida diferenciar entre acción civil y acción penal estableciendo"...La acción penal: es pública, surge al nacer el delito; su ejercicio está encomendado al Estado por conducto de uno de sus subórganos, el Procurador de Justicia y los agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable, una pena de prisión, multa, pérdida de los instrumentos con que se ejecuto la conducta o hecho, etc."(81)

El autor en consulta de un examen de su conceptualización jurídica se puede concluir que sólo se refiere a lo que se denomina técnicamente acción procesal penal, aunque reconoce la existencia de la acción penal en concreto al manifestar que "La acción penal: es pública, surge al nacer el delito..." Su postura se corrobora al manifestar: "... No comparto el criterio, de algunos procesalistas, en el sentido de que el proceso se inicia con el auto de formal prisión, porque, de acuerdo con la teoría aceptada, sobre la naturaleza del proceso, o sea, la de la relación jurídica procesal, la vinculación jurídica de quienes intervienen en el mismo, se da, a partir del acto de consignación realizado por el agente del Ministerio Público. Por otra parte, en el artículo 19 constitucional, en su segundo párrafo, se indica: "Todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión..." En consecuencia, si se indica que "todo proceso se seguirá", con ello, claramente se está diciendo que ya se ha iniciado, y gramaticalmente, se sigue lo que ha principiado...La acción penal, es la fuerza generadora de la actividad de los sujetos de la relación jurídica procesal y en general, de todo el acontecer procesal (procedimiento de -----

(79) Rivera Silva, ob. Cit., pags. 44-50.

(80) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 303.

(81) Colín Sánchez, ob. Cit., pags. 304-305.

instrucción), hasta el momento en que se precise, en puntos concretos, fijándose así la posición jurídica de su titular y de esa manera, en su oportunidad se defina la pretensión punitiva del Estado (juicio)...” (82)

Igual posición guardan en la actualidad autores como Victoria Adato y Sergio García Ramírez entre otros al referirse a la acción penal como requisito para la iniciación del proceso y cuya base doctrinal es la aceptación de la teoría de la relación jurídico procesal como una actividad realizada por los sujetos procesales para aplicar la ley al caso concreto, e igualmente diversos juristas defienden la opinión sustentada por Manuel Rivera Silva, que explica no desde un punto de vista procesal sino, valga la expresión, procedimental la acción penal tratando de englobarla y adaptarla a los diversos periodos que componen el procedimiento penal, que se quiera o no son propios de la cultura jurídica mexicana. Sin embargo por último me gustaría establecer el pensamiento del distinguido maestro de la Facultad de Derecho Julio Hernández Pliego, en virtud de que hace una exposición realmente novedosa de la acción penal, para a continuación manifestar la nuestra.

OPINION DE JULIO HERNANDEZ PLIEGO

Manifiesta dicho jurista “...La acción, concebida en términos generales, constituye un derecho que procede de una norma jurídica cuyo titular es el gobernado y ese derecho es oponible al Estado, que es el obligado a acatarlo y cumple, en términos del artículo 17 C., administrando justicia por los tribunales, de manera gratuita, estableciendo así, una garantía del ciudadano...Ahora bien, por una serie de razones...el ejercicio de ese derecho de acción, en materia penal, ha sido asignado por el mismo Estado, al Ministerio Público, pero eso no significa que el Ministerio Público represente al Estado, sino al titular originario de la acción, que, se repite, no es el Estado, sino el gobernado, esta es la razón por la que se le domine Representante Social...” (83)

Continua diciendo dicho autor que “ Ahora bien, la acción penal supone para su nacimiento, la comisión de un hecho delictuoso que, a través de ella, habrá de perseguirse por el Ministerio Público, y castigarse en su caso, por el juez...Esta acción que deduce el Ministerio Público ante la autoridad judicial, como consecuencia de la averiguación previa que realizó, denominase, entonces, acción procesal penal y no necesariamente tiene como condición de su ejercicio, la comisión del delito, porque surge jurídicamente con independencia de él. Por eso es que en muchas ocasiones, deducida la acción procesal penal, el juez, no obstante, niega la orden de aprehensión solicitada por el Fiscal o bien pone en libertad por falta de elementos para procesar al indiciado...Realmente la acción penal propiamente dicha, se ejercita por el órgano especializado, con posterioridad al ejercicio de la acción procesal penal, es decir, cuando se precisa la acusación del Ministerio Público al formular conclusiones acusatorias en el proceso...”(84)

(82) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 308.

(83) Hernández Pliego, ob. Cit., pags. 132-133.

(84) Hernández Pliego, ob. Cit., pags. 133-134.

NUESTRA OPINION

En virtud de que el Estado al constituirse como una persona moral con personalidad *juridica propia* e investido de un poder público, cualidades que alcanza cuando el pueblo, en su calidad de soberano, designa representantes que integran lo que se denomina Congreso Constituyente para que este constituya a dicho Estado, le de funciones y le transmita el poder público; estableciendo, por supuesto la protección a las libertades públicas. Así una vez que la Sociedad se constituye Jurídica y Políticamente tendrá como finalidad primordial alcanzar el bien público temporal en beneficio del pueblo que le dio vida, y para ello a su vez se inviste de una estructura que le permita la mejor organización y reparto de las diversas funciones que habrá de desempeñar, funciones que con mira a su finalidad tendrán como única limitación esas libertades públicas denominadas derechos subjetivos públicos del individuo humano.

Ahora bien la acción ¿ será un poder jurídico, un derecho o un medio, como se ha nombrado a dicha institución jurídica por diversos autores, establecido a favor del Estado o del gobernado para la administración de justicia? Para contestar dicha pregunta debemos en principio establecer que el Estado como persona moral- ver artículo 25 del Código Civil- bien puede acudir por conducto de alguno de sus órganos o subórganos a solicitar se le administre justicia al igual que una persona física, mas dicha situación se presenta solamente al acudir directamente ante un Tribunal de Justicia es decir para iniciar un proceso en el que intervendrá un juzgador, así la aseveración del maestro Hernández Pliego respecto a que la acción es un derecho del gobernado oponible al Estado no es del todo cierta, ya que si bien este a través de su órgano judicial debe de administrar justicia, nada impide que por conducto de alguno de sus funcionarios competentes igualmente solicite a otro de sus servidores públicos- como lo es el juez- que le dirima alguna controversia, así la facultad establecida por el artículo 17 Constitucional en verdad es un derecho a favor del gobernado pero también es una prerrogativa a favor del propio Estado, que no debe de confundirse en materia penal con la regla especial que se localiza en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Hay que recordar que la regla especial deroga a la regla general en cuanto a su aplicación jurídica.

Por otro lado entrando al procedimiento penal debemos de establecer que a diferencia del procedimiento civil aquel no se inicia directamente ante un Tribunal Jurisdiccional y por consecuencia no necesita de un impulso especial para que se ejercite el derecho de accionar justicia, en virtud de que en el procedimiento penal para acudir a ejercitar la acción ante un Tribunal se necesita de un antecedente jurídico, necesario para el nacimiento del derecho de accionar justicia, en consecuencia la acción en materia penal debe de presentar diversos momentos necesarios e indispensables para hacer posible que un juzgador dirima una controversia de índole penal, es decir no se puede entrar de lleno al estudio de la acción como facultad, derecho o poder de acudir a los tribunales para que se administre justicia sin antes analizar los momentos que vive la acción penal previos a su ejercicio ante el iudex jurisdiccional.

ACCION PENAL O FUNCION PERSECUTORIA EN ABSTRACTO

En materia penal- por razones de política criminal, puesto que ya se encontraba aprobado el texto del artículo 17 Constitucional- el nacimiento del derecho a accionar los tribunales se estableció a favor única y exclusiva del Estado quien lo ejercitaría por conducto del Ministerio Público, poder que se estableció en el artículo 21 de la Carta Magna y misma que conducía a una facultad discrecional por parte de la persona física encargada de ejercitarlo, mas con las reformas de 1994 se estableció el derecho de acudir a la vía jurisdiccional para impugnar el no ejercicio o desistimiento de la acción procesal penal como se llama en puridad técnica, derecho subjetivo público establecido a favor del gobernado y que por Jurisprudencia del mes de diciembre de 1997 se debe de ejercitar por la vía de amparo entre tanto se expida la ley reglamentaria, tesis que fue mencionada en el apartado referente a las garantías del ofendido en el procedimiento penal. Este poder, derecho o facultad es indeclinable para el Estado puesto que nace de un precepto Constitucional, teniendo su origen en el Congreso Constituyente, naciendo a la par con la constitución del propio Estado. Así la acción penal o función persecutoria en abstracto es la prerrogativa indeclinable, permanente e inextinguible a cargo del estado para perseguir a los autores de un delito.

Hay que manifestar que el legislador constituyente no menciona en momento alguno lo que se conoce como *Averiguación Previa*, por lo que es de colegirse que la facultad en abstracto a la que nos referimos configura el nacimiento de lo que en concreto o en el argot procedimental-penal se conoce como acción procesal penal.

LA ACCION PENAL O FUNCION PERSECUTORIA EN CONCRETO

Ahora bien ese poder abstracto de que goza el Estado se puede activar al momento no de la comisión de un ilícito penal, sino después de que un hecho presumiblemente delictuoso que es dado a conocer por cualquier persona física al propio Estado por conducto del Ministerio Público, es investigado y analizado llegándose a la conclusión de que en efecto es un hecho probablemente ilícito y se conoce a su posible comisor, es decir el Estado como persona moral necesita de un funcionario especial para realizar su función persecutoria y a la vez necesita que le sean comunicados los presuntos hechos ilícitos para que los investigue y en su caso ejercite la correspondiente acción penal, ya que si manifestáramos que "la acción penal en concreto" se activa o a lugar junto con la comisión de un delito, volveríamos teórica y abstracta la función del Estado sin tomar en consideración la vida humana en su estricto sentido, ya que es sabido que en muchas ocasiones suceden ilícitos que no son dados a conocer al Estado y allí ¿acaso ha nacido la acción penal en concreto? ¿o acaso se guarda la conocida relación de potencia-acto aristotélica? Por supuesto que no, además de que no puede nacer junto con el delito por que la calidad de una conducta típica, antijurídica y culpable solo la puede pronunciar el juzgador, y esto solo se da en la sentencia que se dicte dentro del proceso.

Por otro lado el legislador para evitar que no se levantarán acusaciones sin fundamento alguno y que, con ello se iniciara un proceso penal ante un Tribunal de Justicia, estableció el periodo de preparación de la acción procesal penal con el objeto de que hasta que el Estado por conducto del Ministerio Público tuviera la creencia de que el presumible hecho delictuoso que le fue dado a conocer, en realidad tiene tal calidad y que sabe quién es su probable responsable se acudiera a accionar la administración de justicia, por eso la acción penal o función persecutoria en concreto a cargo del Estado nace hasta el momento en que le es dado a conocer al propio Estado la comisión de un presunto hecho delictuoso y muere en la antesala del momento en que el propio Estado por conducto de su funcionario competente tiene la creencia de que dicho hecho en verdad es presumiblemente delictuoso y sabe quién es o quienes son sus probables autores, dando lugar o transformándose en lo que denominamos *Acción Procesal Penal*. En síntesis en nuestra humilde opinión el Estado al establecer o crear el periodo de *Averiguación Previa* dio nacimiento a una especial forma de acción que no se da ante los tribunales, sino ante un órgano especialmente facultado por el Estado para dar una específica declaración de derecho en relación a la situación jurídica penal que le es dada a conocer y, esto es, que al final del periodo de preparación de la acción procesal penal declare si en verdad existe un presunto ilícito penal y un probable autor del mismo, desencadenando con ello el ejercicio de la acción procesal penal.

Como consecuencia de lo anterior la Acción Penal en Concreto (término que no es del todo de nuestro agrado) es el puente o medio que une esa facultad en abstracto que tiene el Estado para perseguir los delitos con el ejercicio que de dicha facultad ante los tribunales competentes realiza el Estado por conducto del Ministerio Público, acción penal en concreto que se materializa y se desarrolla con cada diligencia probatoria que realiza el Ministerio Público durante el Periodo de Preparación de la Acción Procesal Penal.

ACCION PROCESAL PENAL O EJERCICIO DE LA FUNCION PERSECUTORIA DEL ESTADO

Ahora bien el Estado al constituirse y tener como facultad originaria e indeclinable la función persecutoria de los delitos, puede ejercitar en el mundo factico tal poder abstracto y general una vez que se cruza victoriosamente ese puente denominado acción penal en concreto, y llega a la convicción por conducto del funcionario competente de que en su concepto se acredita que hubo una conducta o hecho que reúne los elementos del tipo penal y que es antijurídica, así como que sabe que una persona es su probable responsable, y esa convicción la ejercitara durante el procedimiento llegando a culminarla al momento en que tenga la certeza de que dicho hecho o conducta reúne los elementos del tipo penal, que es antijurídica, así como que una persona es plenamente responsable de tal conducta o hecho.

Ahora bien en la actualidad el ejercicio de la acción procesal penal ya no corresponde en forma omnipotente al Estado por conducto del Ministerio Público, en consecuencia también el gobernado a modo de excepción es titular indirecto de la misma puesto que busca se respete su interés jurídico con el ejercicio de dicha acción ante los tribunales competentes, ahora bien se manifiesta que es titular indirecto de la misma en virtud de que el gobernado no puede acudir directamente ante el Tribunal competente y ejercitar la acción procesal penal, sino que debe impugnar la determinación del ministerio

público cuando este tenga la convicción de que no se cumple con alguno de los elementos del delito y el gobernado no comparta tal conclusión mental mediante el juicio de amparo, logrando con ello, que en ocasiones el Ministerio Público ejercite tal acción ante el Juzgador Competente. (85)

Para finalizar el presente capítulo hay que mencionar que si bien la regla general es que el Estado encomiende el ejercicio de la acción procesal penal al Ministerio Público, también cierto es que a vía de excepción establece dos hipótesis normativas:

- a) La primera en lo referente a los delitos cometidos por servidores públicos mencionados expresamente en el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde para iniciar el juicio político la Cámara de Diputados por conducto de su representante competente la ejercita ante el Senado de la República; y
- b) La segunda en el supuesto normativo perdido dentro de la reglamentación contenida en la Ley de Amparo, que en su artículo 208 faculta al Estado Mexicano para que por conducto de la Suprema Corte de Justicia haga la consignación directa ante los tribunales competentes, estableciendo a la letra dicho artículo que: "Si después de concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir el cumplimiento de la sentencia de la autoridad federal, inmediatamente será separada de su cargo Y CONSIGNADA AL JUEZ DE DISTRITO QUE CORRESPONDA, para que la juzgue por la desobediencia cometida, la que será sancionada en los términos que el Código Penal aplicable en materia federal señala para el delito de abuso de autoridad.

(85) Tema interesante es el hecho de que de las dos jurisprudencias, así como de sus ejecutorias, que surgieron en el mes de diciembre de 1997 y que declaran la procedencia del juicio de amparo en contra de las determinaciones del Ministerio Público respecto al no ejercicio o desistimiento de la acción procesal penal y cuyos rubros son: "ACCION PENAL. LA GARANTIA QUE TUTELA EL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESESTIMIENTO DE AQUELLA, NO SE ENCUENTRA SUJETA A QUE SE ESTABLEZCA EN LEY LA VIA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACION ORDINARIA, POR LO QUE MIENTRAS ESTA NO SE EXPIDA, EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE EN FORMA INMEDIATA PARA RECLAMAR TALES RESOLUCIONES" (tesis elevada a jurisprudencia el once de noviembre de 1997) y "ACCION PENAL, RESOLUCION DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, ES UN ACTO MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL" (Contradicción de tesis 9/96, resuelta el 11 de noviembre de 1997), no se establece como será la forma en que se dará cumplimiento a una sentencia de amparo en la cual se declare que se Protege y Ampara a el quejoso de garantías en contra de la determinación de la Autoridad Responsable sobre no ejercicio o desistimiento de la acción procesal penal, ¿acaso se ordenara al Ministerio Público correspondiente que ejercite la acción procesal penal conforme a los lineamientos de la ejecutoria de amparo? o bien ¿ acaso el mismo juez de distrito podrá ejercitar directamente la acción procesal penal ante el juzgado competente?

“...Cuanto más tratemos de regresar a la heroica edad del tribalismo, tanto mayor será la seguridad de arribar a la Inquisición, a la Policía Secreta, y al gansterismo idealizado. Si comenzamos por la supresión de la razón y la verdad, deberemos de concluir con la más brutal y violenta destrucción de lo que es humano. No existe el retorno a un estado armonioso de la naturaleza. Si damos vuelta, tendremos que recorrer el camino de nuevo y retornar a las bestias...”

KARL R. POPPER

(La Sociedad Abierta y sus Enemigos)

CAPITULO TERCERO

PERIODO DE PREPARACION DEL PROCESO

11.- AUTO DE RADICACION

El ejercicio de la acción procesal penal por parte del Estado a través del Ministerio Público hace que el órgano judicial del propio Estado se vea excitado y ponga en movimiento la maquinaria jurisdiccional, asumiendo para sí deberes, poderes y facultades para lograr resolver la situación jurídica sometida a su conocimiento, ya que “... Tiene facultad, en cuanto queda dentro del ámbito de sus funciones resolver las cuestiones que se le plantean. Tiene obligación, porque no queda a su capricho resolver sobre dichas cuestiones, debiendo hacerlo en los términos que la ley designa. Tiene poder, en virtud de que las resoluciones que dicta en el asunto en que ha pronunciado el auto de radicación, poseen la fuerza que les concede la ley...”(86) Así tan luego como el juzgador dentro del ámbito de su competencia reciba la consignación en la cual el

(86) Rivera Silva, ob. Cit., pag. 148.

Ministerio Público le hace saber que en su concepto se acreditan los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de una o varias personas, dictará auto de radicación del cual se desprenderán los siguientes efectos:

- a) Vincula a las partes y terceros al órgano jurisdiccional del Estado.
- b) Abre el periodo de preparación del proceso.
- c) Fija la jurisdicción del juzgador.

En este punto es importante destacar que la doctrina se ha dividido en cuanto si el auto de radicación es el que da inicio a la relación procesal penal (como naturaleza y base de todo proceso) y como consecuencia de ello es el auto de cabeza de proceso o el que da inicio a tal fase procedimental, o bien es tan solo el auto que da inicio a la etapa de preparación del proceso y como consecuencia de ello no puede ser el auto de cabeza del proceso el cual lo constituye el Auto de Término Constitucional, así por ejemplo el ilustre jurista Colín Sánchez, a diferencia de Rivera Silva, considera que el auto de radicación es el inicio de la primera etapa de la instrucción, misma que termina con el auto de término constitucional, mientras que la segunda etapa inicia con el auto mencionado en último término y finaliza con el auto que declara cerrada la instrucción, como consecuencia de su especial concepción de la naturaleza de la relación procesal penal dentro del Derecho Mexicano el ilustre jurista establece que los términos de auto de radicación o de inicio guardan sinonimia con lo que se conoce comúnmente como auto cabeza de proceso, así manifiesta que : " El auto de radicación, es la primera resolución que dicta el juez; con está se manifiesta en forma efectiva la relación procesal; es indudable que, tanto el agente del Ministerio Público, como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del juez instructor..." (87) Igual posición respecto a que con el auto de radicación se inicia el proceso penal se encuentra en Julio Hernández Pliego y en el distinguido maestro García Ramirez. La disputa principal respecto a este quid deviene del párrafo segundo del artículo 19 de nuestra Carta Magna que establece a la letra:

" ..Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso..."

Para algunos autores el termino " Todo proceso se seguirá forzosamente" inmiscuye a una semántica del lenguaje que tácitamente dispone que solo puede seguirse lo que se ha iniciado, así si un proceso se seguirá es porque el mismo ya se inicio con antelación. Sin embargo en nuestro concepto se olvidan que el derecho se refiere al deber ser de las cosas, y en los términos imperativos que utiliza para la consecución de sus fines se encuentra la utilización de palabras en el sentido del deber ser más que en relación al ser de las cosas. Así el constituyente utilizó en nuestra opinión el verbo seguir como substitutivo de deber ser, pues que diferencia hubiera existido si la terminología de dicho párrafo hubiese establecido " Todo proceso deberá seguirse forzosamente" Por supuesto las salidas lógicas a una cuestión jurídica siempre encontrarán mayores obstáculos en contra u otra salida con mayor precisión lógica, mas otro concepto a nuestro favor se encuentra en la especial forma que adopta el procedimiento penal en nuestro país a diferencia de otros países.

(87) Colín Sánchez, ob. Cit., pag.360.

Igualmente se debe de transcribir la importante opinión del gran Jurista Javier Piña y Palacios (87 bis) quien manifiesta que "...Si se examinan las discusiones del Constituyente, respecto al art. 19, se puede deducir que el espíritu del legislador fue en el sentido de que el Proceso principiara desde el auto de formal prisión, y que el procesado sólo es aquel que tiene o está sujeto a un auto de formal prisión..." Sin embargo es importante resaltar el problema práctico que trajo consigo esta correcta interpretación del artículo 19 Constitucional, ya que como manifiesta el jurista en consulta la expedición del Código de 1929, su art. 2°. Transitorio planteó un conflicto que dio lugar a que la Suprema Corte de Justicia interviniera en un asunto para definir que se entiende por procesado, y en concepto de dicho autor sacar con ello la conclusión de lo que se entiende por proceso. Dicho artículo estableció "Desde esa misma fecha (15 de diciembre de 1929) quedan derogados el Código Penal de 7 de diciembre de 1871, así como todas las demás leyes que se opongan a las disposiciones del presente; pero deberán continuar aplicándose a los que se encuentren PROCESADOS antes de la vigencia del nuevo Código..." Así como lo manifiesta dicho maestro con la interpretación de proceso establecida, resultaba que no podía aplicarse el Código de 1929- por que era aplicar la Ley retroactivamente y si se aplicaba el Código de 1871 se aplicaba una ley derogada, de ahí que gran número de procesos e investigaciones no pudieran continuarse. Así la Suprema Corte de Justicia estableció que el Constituyente al utilizar indistintamente el término procesado, acusado, reo, en la Carta Magna (verbigracia art. 20) y que por ello el Constituyente no empleaba de manera técnica el término procesado en el artículo 19 de la Constitución y que el espíritu del constituyente era que se entendiera por procesado aquel individuo que se encuentra afecto a un procedimiento penal.

Aquí se debe de manifestar que tal interpretación de la Corte fue práctica mas no técnica toda vez que su verdadera intención fue salvar a la Sociedad de que se quedaran impunes infinidad de delitos. Solución a todas luces justa y que se vuelve a reiterar por la Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ya que si bien la primera solución dada por la Corte salvaba los casos que ya estuvieran en manos de los jueces no así realizaba lo mismo con las investigaciones practicadas por el Organó Persecutor del Estado, ya que dice nuestro autor en consulta que " durante los últimos días de la vigencia del código de 1871, en Xochimilco, tuvieron lugar los siguientes hechos: Un grupo de individuos fue a bañarse a uno de los canales. Surgió un disgusto entre dos de los bañistas y uno de ellos privó de la vida al otro... el hecho tuvo lugar durante la vigencia del Código de 1871. La autoridad judicial no había tenido conocimiento de él. Tampoco la Policía y sólo existía el dato de que la madre del occiso había ido a la Inspección General de Policía en el último día de la vigencia del Código de 1871 a manifestar que había desaparecido su hijo y que ignoraba qué cosa le habría sucedido.. Con ese solo dato, resolvió la 7ª. Sala del Tribunal Superior que deberían considerarse como procesados a esos sujetos, desde el momento en que la autoridad había tenido conocimiento de la desaparición del individuo y asentó en su ejecutoria que debía entenderse por procesado a todo individuo sujeto a una investigación de carácter penal, desde el momento en que cualquier autoridad tuviera conocimiento del mismo."

Con lo anterior no debe de considerarse que el proceso inicia con la denuncia o querrela, o bien con el auto de radicación y termina con la sentencia, en virtud de que dichas concepciones jurídicas fueron basadas sobre situaciones de hecho que no pudieron ser resueltas deductivamente sino aplicando una solución justa al caso concreto, a pesar de que con ello se contrarié la opinión del mismo Piña y Palacios para quien el proceso principia con el auto de radicación en virtud de que se comienzan a realizar actos procesales con el mismo por parte del Juzgador.

En virtud de lo anterior y de la posición que adoptamos al conceptuar el procedimiento penal, nos manifestamos por afirmar que el auto de radicación solo es una resolución jurisdiccional que da inicio al periodo de preparación del proceso, por virtud de la cual el Estado por conducto del juzgador asume competencia respecto de un determinado evento incriminatorio sometido a su conocimiento, generándose con ello facultades, deberes, cargas y derechos para los sujetos procesales, sin que implique con ello el inicio del proceso, diremos al estilo mexicano.

El maestro Manuel Baca Godoy en sus clases de Derecho Procesal Penal establece que una vez que el Ministerio Público decide consignar la averiguación previa esta se dirige a la Jefatura de Agentes del Ministerio Público, lugar en donde se turna al Tribunal correspondiente el cual dictará el auto de radicación que inicia el periodo de preparación del proceso, el cual se le puede conceptualizar como aquella resolución jurisdiccional que por regla general establece la competencia de la autoridad judicial y surte efectos respecto de las partes, esto es se da la vinculación de estas con aquel, así como de los terceros ajenos a la relación jurídico penal material y constituye el punto de partida de una serie de diligencias que se deben de practicar en preparación del proceso”(88)

Finalmente hay que establecer que esta resolución debe cumplir en términos generales, debido a que el caso concreto sometido al conocimiento del juez puede ser con un indiciado detenido o no detenido, con establecer el Tribunal que lo decreta, el lugar y fecha donde lo realiza, la expresión “ Regístrese en el libro de gobierno bajo el número de partida que le corresponda”, ordenar se de aviso al superior jerárquico y se de la intervención que corresponda al Ministerio Público de la adscripción (mediante notificación), que se practiquen todas las diligencias que procedan conforme a derecho y la firma del funcionario competente. A continuación se analizaran los autos de radicación con y sin detenido.

11-A.- AUTO DE RADICACION CON DETENIDO

Establece el artículo 134 del CFP (Legislación dentro de la cual nos encontramos estudiando a la par de la delincuencia organizada) lo siguiente:

“...Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley...”

(88) Baca Godoy, Manuel, Apuntes de la clase de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México, marzo de 1997.

Respecto a este tipo de auto de radicación que opera en iguales términos en tratándose de delincuencia organizada, en virtud de que no distingue entre delitos graves y no graves, es importante resaltar que por radicar de inmediato el asunto debe de entenderse al momento en que reciba el expediente en donde conste la averiguación previa, y no una vez que lo tenga a la vista el juzgador. Por otro lado es necesario realizar algunos comentarios respecto a la innovación que se dio con la reforma de septiembre de 1993 a nuestra Carta Magna, en donde se estableció en su párrafo sexto que:

“ En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”

A este respecto y acudiendo al Diario de Debates de la Cámara de Diputados (89) el C. Fernando Francisco Gómez Mont Ureta manifestó “...Lo que antes era un acto estrictamente administrativo, hoy es un acto mixto donde interviene el juez, puesto que en su momento el juez tiene que ratificar esa detención o no. Es falso que la detención sólo sea del Ministerio Público; es un acto que se compone con la participación de dos autoridades...Si la autoridad judicial no ratifica, se debe restituir de inmediato al gobernado de la garantía que le ha sido violada, independientemente de que siga sanción o resultado penal...”

Importante reforma constitucional mediante la cual se percibe el divino numen del nuevo carácter defensor de la persona humana que se transluce en la mirada de cada persona preocupada por la protección de las libertades humanas y sociales. Finalmente queremos mencionar un quid jurídico respecto a la determinación del juez por la cual ratifica o no la detención del indiciado (ya que en nuestro concepto en puridad técnica no es un auto tal determinación, ya que tal situación se localiza dentro del auto de radicación y es incongruente que exista un auto dentro de otro auto) y relativa a la técnica procesal del mismo y en relación con los derechos subjetivos públicos del gobernado. Así, es el caso que al tratarse de una garantía constitucional la ratificación de la detención por parte del juzgador en los casos de flagrancia y caso urgente, en consecuencia procede el juicio de amparo en contra de dicha determinación tal como se desprende de la jurisprudencia emitida por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito, visible en el Tomo IV, Noviembre de 1996, pag. 347 del Semanario Judicial de la Federación y que aparece bajo el rubro “DETENCION. RATIFICACION DE LA. EL AUTO QUE LA DECRETA DEBE SER COMBATIDO A TRAVES DEL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LOS ARTICULOS 73, FRACCION X, ULTIMO PARRAFO Y 114, FRACCION IV DE LA LEY DE AMPARO”, en virtud de lo anterior ¿ qué pasaría si se concediera la Protección y el Amparo de la Justicia Federal al impetrante de garantías en el juicio de garantías que se interpusiera en contra de la determinación por la cual el juzgador ratifica o no

(89) CAMARA DE DIPUTADOS. Diario de Debates. Año II. No. 3 y 4. Agosto 17 y 19, 1993, citado por la Licenciada Claudia Zameza Hernández en su Tesis “ El auto de ratificación de la Detención por el Juez en el Procedimiento Penal en el Distrito Federal, pags. 44-45.

la detención del indiciado, y por otro lado existiera un auto de formal prisión en el que se determinara que se encuentran acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de un delito grave como lo es el de delincuencia organizada? Acaso ¿ se declararía fundado pero inoperante el amparo? O se ¿ podría restituir en el goce de la garantía violada al quejoso de amparo, aun a costa de que se trate de un delito de carácter grave para la sociedad? Al momento existe una tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, de la Octava Epoca, visible en el Tomo XV, Enero, pag. 223 del Semanario Judicial de la Federación, que aparece bajo el rubro: "DETENCION, AUTO QUE RATIFICA LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES COMETIDAS EN EL, NO QUEDAN IRREPARABLEMENTE CONSUMADAS POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISION" Tesis relacionada que se postula por afirmar que el rango constitucional de la ratificación de la detención esta por encima del acto procesal denominado Auto de Formal Prisión, así se tendría que dejar en libertad al indiciado o procesado (90). Un estudio profundo de este tema rebasaría los límites de la presente obra.

11-B.- AUTO DE RADICACION SIN DETENIDO

Establece la normatividad secundaria del Estado Mexicano en el artículo 142 del CFP que:

"Tratándose de consignaciones sin detenido, el tribunal ante el cual se ejercita la acción penal radicará el asunto dentro del término de dos días, abriendo expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicará sin demora alguna todas las diligencias que promuevan las partes.

El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitados por el Ministerio Público dentro de los diez días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de delitos que el artículo 194 señala como graves, la radicación se hará de inmediato y el juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación."

Este tipo de auto establece una diferencia específica entre delitos graves y delitos no graves (redacción poco feliz dado que todo delito lesiona los intereses de la sociedad) para determinar el término legal en que debe de dictarse dicho auto, siendo su fundamento lógico la menor o mayor motivación para privar de su libertad a una persona debido a las características del delito o delitos que comete y su forma de ejecutar tales ilícitos. Así en materia de delincuencia organizada la motivación de impedir que un probable delincuente siga haciendo de las suyas, es imperiosa razón por la cual se aplica una regla especial establecida en la LFDO, en

(90) Citada por Hernández Pliego, Julio, ob. Cit., pags. 153-154.

I La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II La forma de intervención de los sujetos activos; y

III La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán si el tipo lo requiere a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Por supuesto el estudio de cada uno de los anteriores elementos requeriría replantear la estructura del presente trabajo, puesto que se encuadran dentro de la teoría del tipo penal y por tanto no se entra al estudio detallado de los mismos, basta decir dos cosas la primera es que los marcados con números romanos se refieren a requisitos esenciales de los elementos del tipo y los marcados con incisos se refieren a requisitos accesorios del tipo penal; y la segunda mencionar que la Suprema Corte de Justicia en su constante labor de hermenéutica jurídica estableció por Jurisprudencia en febrero de 1997, que el término marcado con el inciso h) en el artículo 168 del CFPP, englobaba las circunstancias modificativas agravantes o atenuantes del tipo penal a estudio y por tanto al formar parte de los elementos del tipo penal de que habla el artículo 19 Constitucional, se debía establecer en el auto de formal prisión (motivo de la jurisprudencia) si lo que se acreditaba de autos era un tipo subordinado, calificado, etc. Así pues en virtud de lo anterior en el mes de abril de 1998 se trasladó el espíritu de dicha jurisprudencia a la Orden de Aprehesión, estableciéndose que también en la misma se debían de establecer las modificativas del tipo penal ya sea para agravar o atenuar el delito, configurándose la Tesis por Contradicción de tesis de la Novena Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Gaceta Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis: 1ª./J. 18/98, página 155, del Semanario Judicial de la Federación que aparece bajo el rubro:

ORDEN DE APREHENSION. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTICULO 16 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. "Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el

efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.

Respecto al cuarto requisito se refiere a que obren en el expediente datos suficientes para acreditar la probable responsabilidad del indiciado, refiriéndose con ello a que esos datos sean pruebas idóneas y desahogadas en autos que permitan, no hacer probable lo probable sino hacer verosímil, creíble, que el indiciado es el autor del evento incriminatorio sometido a la consideración del juez.

Asimismo la orden de aprehensión debe de ser solicitada por el Ministerio Público consignador, en virtud de que esta es la persona a quien el Estado, por su imposibilidad física, delega la facultad de llegar a la convicción en su concepto de que se acreditan los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, es decir el elemento subjetivo que da origen a la acción procesal proviene de la persona que representa a la Institución del Ministerio Público, persona que valora los datos arrojados por la averiguación previa para establecer si en su concepto se demuestra la existencia o inexistencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, y en caso de llegar a la primera convicción ejercitar la acción correspondiente ante los tribunales penales.

Finalmente siguiendo con la garantía de los derechos subjetivos públicos, si el artículo 16 dispone una serie de derechos a favor del gobernado en consecuencia toda autoridad perteneciente al Estado debe de velar por tutelar dichos intereses para con ello salvaguardar el orden constitucional, en consecuencia debe de fundar y motivar en su orden formal la orden de captura el Juzgador entendiéndose por esto, que el juzgador en principio debe de cumplir con los requisitos del párrafo primero del artículo 16 Constitucional, comprendiéndose estos como requisitos formales en los cuales se deben de establecer las causas inmediatas, circunstancias especiales y razones particulares que llevan al juzgador a dictar la Orden de Aprehensión, así como la correlación de dichas manifestaciones con los dispositivos legales establecidos por el legislador, y en semejantes términos lo dispone la jurisprudencia de la Novena Epoca, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado de Circuito, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: III, Marzo de 1996, Tesis: VI.2o. J/43, Página: 769 que aparece bajo el rubro:

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispin Campos Ramirez.

Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Finalmente debe de entenderse por el cumplimiento de fundamentación y motivación de la Orden de Aprehensión en su orden material o de fondo, en lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la Carta Magna, así debe de dictarse por autoridad judicial, procediendo denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, entendiéndose por esto último la expresión pormenorizada y razonada del juzgador de que se acreditan con instrumentos probatorios idóneos los elementos del tipo penal del delito que se le impute al indiciado, mencionando los preceptos legales que le dan valor probatorio a dichas pruebas, y asimismo que se acreditan la probable responsabilidad del indiciado con pruebas idóneas mencionando los preceptos legales que le dan valor probatorio a dichas pruebas, sobre todo estableciendo las normas en que descansa el tipo penal que se le imputa al indiciado razonando la estrecha relación que guarda dichas normas con la conducta o hecho puesto a su conocimiento, estableciendo que esta se adecua a la hipótesis normativa sin que exista causa alguna de juridicidad y comprobándose con ello la probable responsabilidad del inculgado, sirviendo de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia de la Novena Epoca, emitida por el Décimo Noveno T.C.C., publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: III, Junio de 1996, Tesis: XIX.2o. J/4, Página: 666, apareciendo bajo el rubro:

ORDEN DE APREHENSION. FALTA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. De conformidad con lo establecido por el artículo 16 constitucional, toda orden de aprehensión debe contener como requisitos esenciales los siguientes: a).- que sea dictada por autoridad judicial; b).- que preceda a ésta, una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad; c).- que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Además, como requisito de todo acto de autoridad, la orden de aprehensión debe estar debidamente fundada y motivada, debiéndose entender por motivación que en el acto de autoridad han de señalarse con precisión las circunstancias especiales; razones particulares o causas imputadas en forma pormenorizada, que se hayan tenido en consideración para la emisión del mismo; siendo necesario que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas de los preceptos que se hayan invocado como fundamentación, debiendo establecerse la relación que exista entre uno y otro. De ahí que no basta con que el Juez de la causa haga una relación de las pruebas existentes en la averiguación previa y concluya que se encuentran probados los elementos del tipo penal respectivo, así como la probable responsabilidad penal del indiciado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 13/95. Tomás Mendoza González. 15 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Terrazas Salgado. Secretario: Sergio Arturo López Servin.

Amparo en revisión 24/95. Manuel Juárez López. 1o. de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guadalupe Méndez Hernández. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya.

Amparo en revisión 368/95. Eliud Almaguer González y otros. 18 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Terrazas Salgado. Secretaria: Gina E. Ceccopieri Gómez.

Amparo en revisión 370/95. Gustavo Adolfo Morales Campos. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Terrazas Salgado. Secretaria: Gina E. Ceccopieri Gómez.

Amparo en revisión 206/95. Jaime Barrera Peña. 17 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Terrazas Salgado. Secretaria: Gina E. Ceccopieri Gómez.

12.- LA DECLARACION PREPARATORIA

Establece el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción tercera que, al inculpado " Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria..."

Con base en lo anterior podemos definir la Declaración Preparatoria como la exposición de hechos que realiza el indiciado, que en su concepto sea la conveniente para su defensa procedimental, durante las cuarenta y ocho horas siguientes de iniciado el periodo de preparación del proceso, ante el juzgador que conozca del asunto, una vez que tenga nombrado defensor, que se le hace saber la conducta o hecho por el cual se le consigno al Tribunal, así como la persona o personas que declararon en su contra.

ELEMENTOS

- a) Exposición de hechos que realiza el indiciado.- Solo hechos es lo que se puede narrar y deponer ante otra persona; tratándose en este caso del indiciado puesto que nos encontramos en el periodo de preparación del proceso, no pudiéndose por ende hablar de procesado.
- b) Que en su concepto sea la conveniente para su defensa procedimental.- Dependerá del estado de ánimo o de la intención interior que tenga el indiciado, la forma en que se defenderá de la acusación que obra en su contra.
- c) Durante las cuarenta y ocho horas siguientes de iniciado el periodo de preparación del proceso.- Dicho término comienza con el auto de radicación y no como menciona la Constitución con la consignación, puesto que esta última es el ejercicio de la acción procesal penal que realiza el Estado ante un Tribunal Competente y desde el momento en que lo hace hasta que se toma la declaración preparatoria al indiciado habrá transcurrido con exceso el término de cuarenta y ocho horas que marca la Constitución, además de que la declaración preparatoria se puede realizar desde el instante inmediato posterior al dictado del auto de radicación y no necesariamente hasta que vaya a fenecer el término constitucional.

- d) Ante el juzgador que conozca del asunto.- Solo el órgano jurisdiccional del Estado es el facultado para recibir y cumplir con las formalidades de la declaración preparatoria. Debiéndose decir que no necesariamente el juzgador debe ser el competente debido a que tal determinación se debe de realizar en el auto de término constitucional, y por supuesto sin que ello sea óbice para el dictado de dicha determinación judicial.
- e) Una vez que tenga nombrado defensor.- En virtud de que todo inculcado tiene derecho a una defensa adecuada (término del cual nos ocuparemos más adelante) por disposición de la fracción IX del artículo precitado, en consecuencia es necesario e indispensable que antes de que rinda su exposición de motivos el indiciado este protegido por un perito en la materia que velará por que se cumplan con las formalidades del procedimiento de dicha diligencia, además de que se sienta con confianza para realizar su deposado.
- f) Que se le hace saber la conducta o hecho por el cual se le consigno al Tribunal.- Requisito lógico y sine qua non para que el indiciado pueda realizar la deposición de los hechos que considera son los adecuados para su defensa.
- g) Así como la persona o personas que declararon en su contra.- Elemento indispensable para que el indiciado sepa el nombre de quién depone en su contra para con ello estar en posibilidades de determinar la naturaleza de la defensa que realizará (no es lo mismo que vea de frente a una persona a la que efectivamente lesiono en algún derecho o bien a una persona a la que desconoce)

Finalmente una vez establecida la definición de declaración preparatoria con base en los requisitos constitucionales que deben de imperar en dicha diligencia procedimental, a continuación y, en materia de delincuencia organizada se enunciarán los requisitos legales establecidos en el CFPP (artículos 153-160) para realizar la diligencia de declaración preparatoria dentro del periodo de preparación del proceso.

- 1.- Se recibirá en local público, sin que puedan estar presentes los testigos que deban ser examinados con relación a los hechos que se averigüen;
- 2.- Comenzará por las generales del indiciado en las que se incluirán los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales;
- 3.- Se le hará saber su derecho de defensa requiriéndole para que se defienda, por abogado particular, por sí o por persona de su confianza. Si no lo hace el juez le nombrará un defensor de oficio;
- 4.- Se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querrela, así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra;
- 5.- Se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados, y se le recibirá en forma oral o escrita su deposición al indiciado quién podrá ser asesorado por su defensor, pudiendo dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere, el juzgador que practique la diligencia las redactará con la mayor exactitud posible. Si el inculcado decidiere no declarar, el juez respetará su voluntad dejando, constancia de ello en el expediente. (respetando con lo anterior la fracción II del artículo 20 Constitucional);
- 6.- Se le hará saber que: a) Se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite,

siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; b) Que será sentenciado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo; y c) Que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

7.- El juzgador le interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuviera en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público; y

8.- Tanto la defensa del indiciado como el Agente del Ministerio Público, quién deberá estar presente en la diligencia, podrán interrogar al inculcado. Las preguntas que se hagan al indiciado deberán: a) referirse a hechos propios; b) formularse en términos precisos; y c) cada una abarcará un solo hecho. El juzgador desechará las preguntas capciosas o inconducentes.

13.- EL DERECHO DE DEFENSA

Sin lugar a dudas el Estado moderno, en los albores del presente siglo se preocupó por defender la posición del inculcado dentro del procedimiento penal, la cual era algo disminuida respecto de los demás sujetos procedimentales, en virtud de que el órgano jurisdiccional era juez y parte a la vez tal como lo menciona el mismo Venustiano Carranza en su exposición de motivos respecto del artículo 21 Constitucional, por ende configuro el objetivo de regular y permitir una defensa que al inculcado le hiciera posible hacer frente a la imputación sobre su posible participación en un ilícito penal, que le hacía el propio Estado por conducto del Ministerio Público, así el derecho de defensa de que goza toda persona se consagra con la Constitución de 1917 que en su artículo 20 establece una serie de reglas que tutelan el derecho de defensa del gobernado en todo procedimiento penal (en el periodo de preparación de la acción procesal penal se establecieron a partir del tres de julio de mil novecientos noventa y seis), con el fin de que solo se castigue al culpable, que es lo que en el fondo interesa a la sociedad. Y en relación especial y directa con el tema a estudio se encuentra la fracción novena del dispositivo jurídico mencionado que establece a la letra que:

“ ..Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y tendrá derecho a una DEFENSA ADECUADA, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo el juez le designará un defensor de oficio...”

Guillermo Colín Sánchez dispone que: “El derecho de defensa es el que le otorga el legislador en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al probable autor del delito, para ofrecer por sí, al Estado, acudiendo a los medios instituidos en la ley, los elementos idóneos para obtener la verdad de su conducta y la que se le imputa, procurando evitar todo acto arbitrario de los demás intervinientes en el procedimiento, reafirmando así su individualidad y las garantías instituidas para un proceso penal justo...”

También es el que le impone el Estado al probable responsable autor del delito, para que aunque no lo desee se designe un experto en derecho, para que lo represente durante el desarrollo de los actos procedimentales, y cuide qué se alleguen ante el agente del Ministerio Público o ante el Juez los elementos idóneos para obtener la verdad de la conducta que se le atribuye..." (91)

En virtud de lo anterior es obvio que el derecho de defensa instituido a favor del gobernado es un verdadero DERECHO SUBJETIVO PUBLICO, y si existe un acto de autoridad que lo violente se debe acudir a la reglamentación protectora de garantías individuales es decir solicitar mediante amparo la protección de la justicia federal así lo definimos como el derecho subjetivo público del gobernado para tener, aunque no lo desee, la facultad de ofrecer y desahogar elementos de convicción ante el Ministerio Público o el Juzgador, que permitan determinar si la conducta que se le atribuye es típica, antijurídica y probable o plenamente culpable según el periodo procedimental en que se valoren dichos elementos de convicción.

Finalmente nos gustaría descifrar en que consiste la forma en que dicho derecho se hace efectivo en el mundo fáctico, y para ello habrá que acudir al adjetivo instituido por el legislador en la fracción novena del artículo 20 Constitucional para calificar el verbo defender. ADECUADA es la forma en que debe tener una defensa el inculcado durante el procedimiento penal, mas ¿ qué debemos de entender por adecuado, da? Así en principio el Diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel (92) nos dice que lo adecuado es lo "acomodado o apropiado a las circunstancias, condiciones u objeto de alguna cosa". Como consecuencia de lo anterior una defensa adecuada para el inculcado en el procedimiento penal será la lógica y apropiada para el evento incriminatorio que se le imputa, y aquí entra en acción los conocidos principios del objeto de la prueba denominados PERTINENCIA Y UTILIDAD, en virtud de que solo la defensa que sea idónea y de empleo útil será la adecuada para garantizar el derecho subjetivo de defensa del gobernado durante el procedimiento penal (93).

(91) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 240.

(92) Palomar de Miguel, ob. Cit., pag. 44.

(93) Con base en la interpretación que damos a la forma en que se debe de tutelar el derecho de defensa de todo gobernado, nos manifestamos por que el Estado debe de implementar mayores recursos en aras de mejorar el servicio brindado dentro de la denominada defensoría de oficio, puesto que en innumerables ocasiones en un ilícito es pertinente y útil para el inculcado el ofrecer y desahogar una prueba pericial, mas por sus costos inaccesibles al inculcado y por no existir una forma institucional de suministrarla al miserable imputado, tal probanza en momento alguno se llega a desahogar durante el procedimiento penal a pesar de ser en ocasiones la prueba idónea para demostrar lo depositado por el indicado o procesado. Sin embargo habrá que preguntarse ¿ si el legislador instituyo en la Constitución que la defensa del inculcado fuera adecuada en el procedimiento penal, entonces que sucede con dicho derecho si al no ofrecerse por parte de la defensoría de oficio una prueba pertinente y útil se condena injustamente a una persona? ¿Habláramos realmente de que gozo de una defensa adecuada durante su procedimiento penal! Y sobre todo ¿ cómo se podría reparar tal violación a la Constitución? Acaso haciéndola valer en Amparo Directo, pero sin embargo si el Amparo se concediera para efectos en su momento procesal ¿cómo se realizaría una prueba pericial si no se cuenta con presupuesto estatal específicamente destinado a la adecuada defensa del inculcado?

Finalmente en especial relación con el periodo dentro del cual nos encontramos, surge el derecho de defensa para el indiciado de ofrecer elementos de convicción para demostrar lo que asevera en su declaración ministerial y ratifica, o dice como nuevo, en su declaración preparatoria y para tutelar tal derecho el legislador secundario otorgo a favor del indiciado el derecho de duplicar el plazo de setenta y dos horas dentro del cual se debe de dictar el Auto de Formal Prisión. En materia de Delincuencia Organizada por disposición expresa del artículo 7 de la LFDO, se aplica supletoriamente el CFPP, en consecuencia opera la duplicación del término constitucional para el crimen organizado aplicándose el artículo 161 que establece en su parte conducente que:

“ El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo (de 72 horas para dictar el auto de término constitucional), se duplicará cuando lo solicite el inculpado, por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverá de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo en donde, en su caso, se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional.”

Como se desprende de lo anterior el legislador quiso otorgar una mayor protección del derecho de defensa de que goza todo imputado, y consciente de los obstáculos materiales que en ocasiones establecía la duración del término de 72 horas que se le otorgaba al juzgador para dictar el Auto de Término Constitucional, estableció la duplicación del término constitucional para dar oportunidad al indiciado de poder desahogar las pruebas que ofreciera con motivo de su voluntad de duplicar su término constitucional con el fin de que el juzgador con base en las pruebas ofrecidas y desahogadas tanto por el Ministerio Público como por el indiciado estuviera en posibilidad de sopesarlas y determinar si en su concepto se demuestran los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de una persona, elementos indispensables para someter a dicha persona a un proceso penal, sirve de apoyo al anterior razonamiento la tesis de jurisprudencia de la Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VI Segunda Parte-1, Tesis: V.2o. J/3, Página: 328, que aparece bajo el rubro:

AUTO DE FORMAL PRISION. AMPLIACION DEL TERMINO CONSTITUCIONAL. El objetivo que persiguió el legislador con el establecimiento de la ampliación del término constitucional de las setenta y dos hora en el doble de ese tiempo para resolver la situación jurídica del inculpado, es el que se brinde a éste una mayor oportunidad de defensa, para que el juzgador resuelva teniendo en cuenta no sólo los datos que arroje la averiguación previa, sino también los elementos de prueba recabados dentro de dicho término y su ampliación, por lo que, si el juzgador omite estimar las pruebas del inculpado allegadas y desahogadas tanto en el término constitucional como en su extensión, tal hecho importa una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 13/89. Héctor Leonardo Carrillo Terrazas. 26 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

Amparo en revisión 52/90. Jorge Arturo Navarro Bernal. 9 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Javier Leonel Báez Mora.

Amparo en revisión 53/90. Armando Moreno Salcido. 9 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Javier Leonel Báez Mora.

Amparo en revisión 74/90. Daniel Ramírez Uriarte. 13 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Víctor Hugo Guel de la Cruz.

Amparo en revisión 110/90. Socorro González Esquerri y Javier Francisco Del Castillo Hernández. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretaria: María del Carmen Gabriela Herrera Martínez.

NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 36 Diciembre de 1990, pág. 54.

Como se desprende de lo anterior el objeto de la duplicación del término constitucional es con el fin de que se aporten elementos de convicción al juzgador, con el fin de que pueda resolver si se acreditan los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en el auto de término constitucional; por tanto en correlación al derecho de defensa del imputado se encuentra el deber del Estado por conducto del órgano jurisdiccional de aceptar las pruebas que se puedan desahogar en dicho término y tomar en cuenta las mismas al resolver la situación jurídica del inculcado, y tal criterio es compartido por Nuestro Máximo Tribunal que establece en el Tomo 75, marzo de 1994, página 12, Octava Epoca, del Semanario Judicial de la Federación, la tesis de jurisprudencia cuyo rubro dispone:

PRUEBAS CONTRADICTORIAS O DE DESCARGO. DEBEN SER VALORADAS PORMENORIZADAMENTE EN LA ETAPA DE PREINSTRUCCION. La interpretación relacionada de las fracciones III, IV, y V del artículo 20 constitucional con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales permite afirmar el derecho que tiene el inculcado a que se le reciban pruebas en el procedimiento de preinstrucción; por consiguiente resulta lógico y jurídico que las pruebas de descargo que aporte el inculcado para desvirtuar las pruebas de cargo de la representación social, deben ser valoradas aunque se trate de pruebas contradictorias, entendiéndose como tales, las que tienen valor análogo, pues en caso de no ser valoradas dichas pruebas en la citada etapa de preinstrucción se violarían las normas que regulan la prueba, máxime que no existe fundamento legal que apoye al juez a posponer la valoración de las pruebas contradictorias hasta la sentencia definitiva, lo cual podría causarle al procesado un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de las pruebas depende del momento procesal en que se aporten, pues su objetivo difiere según la etapa procesal en que se aporte, ya que tienden a demostrar diferente hipótesis legal, así en la etapa procesal de preinstrucción, la hipótesis legal a probar por parte del Ministerio Público es el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado y éste por su parte deberá ofrecer las pruebas para desvirtuar su presunta responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Una y otras pruebas deben ser analizadas por el juez circunscribiendo su valoración única y exclusivamente a la etapa de preinstrucción pues de ello dependerá si el acusado es o no sometido a proceso penal.

Contradicción de tesis 5/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo y Tribunal Colegiado en Materia Penal de dicho Circuito (antes Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Séptimo Circuito), y Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 18 de octubre de 1993. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Clementina Gil de Lester. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretaria: Rosa Elena Rivera Barbosa.

Tesis jurisprudencial 1/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada de 28 de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidente Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Finalmente y para terminar el presente tema, igualmente se protege especialmente el derecho subjetivo de defensa de que goza todo indiciado durante el periodo de preparación del proceso y durante el proceso, incluyéndose por supuesto en tales hipótesis al inculcado por delincuencia organizada, con la garantía establecida en el artículo 19 Constitucional que establece que si en la secuela de un proceso (entiéndase preinstrucción y proceso dentro del procedimiento penal) apareciera que se cometió un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Entendiéndose que se debe de entender por delito distinto del que se persigue, aquellos datos diferentes y diversos que pudiesen configurar un evento incriminatorio diverso al del conocimiento del juzgador por el cual el Ministerio Público ejercito la Acción Procesal Penal y tal criterio es sostenido por la jurisprudencia de la Novena Epoca, emitida por la Primera Sala de la Corte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo: II, Noviembre de 1995, Tesis: 1a./J. 16/95, Página: 119, apareciendo bajo el rubro:

MINISTERIO PUBLICO, LA FACULTAD QUE LE OTORGA EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL PARA INICIAR OTRA AVERIGUACION POR DELITO ADVERTIDO DESPUES DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, GARANTIZA LA DEFENSA DEL INCULPADO. En el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, se establece que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y que, si en el curso del procedimiento aparece que el reo ha cometido un delito diverso del perseguido, éste deberá ser objeto de averiguación por separado. Ahora bien, la palabra "delito" no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado, hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso. Así, por "delito diverso", debe entenderse según la recta interpretación de la ley, un conjunto de actos objetivamente diferentes de los que constituyen el primer hecho delictuoso, de ahí que, ante el nuevo delito advertido para desplegar la persecución legal sin modificar el principio de que todo proceso debe seguirse forzosamente por el o los delitos contemplados en el auto de formal prisión, se faculta al Ministerio Público incoar otra averiguación, ello con la finalidad de que sobre todo delito que se impute al inculcado, haya una resolución expresa que declare su presunta responsabilidad, para que el procesado tenga conocimiento exacto de cuáles son los hechos delictivos que se le imputan, y cuáles fueron los elementos que se tuvieron en cuenta para presumirlo responsable de ese hecho, a fin de poder normar su defensa, respondiendo a los cargos que se le hacen con las comprobaciones y argumentaciones procedentes.

Contradicción de tesis 13/93. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado y el Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Cuarto Circuito. 27 de octubre de 1995. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta.

Tesis de Jurisprudencia 16/95. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cinco, por unanimidad de cinco votos de los ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

14.- AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL

Como establecimos con anterioridad una vez que el órgano jurisdiccional del Estado asume el conocimiento de un determinado asunto procedimental penal, surge la necesidad de que se realicen diversos actos procedimentales indispensables para la debida continencia del procedimiento penal, así el acto que culmina con la etapa de preparación del proceso o periodo de preinstrucción, es el auto de término constitucional en el que se resolverá la situación jurídica del indiciado para establecer si se le somete a un proceso penal o bien si se le dejará en libertad por acreditarse alguna de las causas a que se refiere el artículo 161 del CFPP (objeto de nuestro estudio), en consecuencia dicho auto de terminación del periodo de preinstrucción puede adoptar dos formas las cuales son: a) Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar, con las Reservas de Ley, y b) Auto de Formal Procesamiento que puede ser de Formal Prisión o de Sujeción a Proceso dependiendo de la penalidad del delito imputado.

En virtud de que nuestro objeto de conocimiento es la delincuencia organizada y toda vez que los delitos que realizan guardan una especial relación con graves penalidades, en consecuencia solo se estudiarán dentro del presente capítulo el auto de formal prisión y el auto de libertad, en virtud de que son los únicos supuestos posibles en tratándose del crimen organizado y su nuevo orden penal.

14-A.- AUTO DE FORMAL PRISION

Establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19 el término dentro del cual el juzgador debe de dictar dicho Auto de Formal Prisión (entiéndase auto de Término Constitucional), convirtiéndose por tanto en una garantía individual a favor del gobernado que sea sometido a procedimiento penal, ya que establece dicho dispositivo que:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley pena. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad...”

Como se colige de lo anterior que los requisitos substanciales del Auto de Formal Prisión son la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, quedando superadas todas las teorías relativas a lo que se conocía antes de la reforma constitucional de 1993 como cuerpo del delito, en virtud de que en la actualidad la teoría causalista que regía en el derecho positivo mexicano ha sido suplida por la teoría finalista de la acción y por tanto los elementos del tipo penal ya no se refieren solamente a una causa-efecto respecto de una determinada conducta o hecho incluyéndose en ocasiones elementos subjetivos en diversas descripciones normativas sino también al dolo como parte integrante de la acción. En síntesis los elementos del tipo penal son los mencionados en el artículo 168 del CFPP (normatividad en estudio) mismos que deben de acreditarse en el Auto de Formal Prisión, los cuales hemos reproducido en el estudio referente a la orden de aprehensión; asimismo para un estudio más detallado del tipo penal nos remitimos al primer capítulo de la presente obra. En cuanto hace a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado que existe en palabras del maestro Colín Sánchez "...cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable- tomando en consideración lo establecido por el artículo 13 del Código Penal que- Ante semejante multiplicidad de formas, puede afirmarse que, habrá presunta responsabilidad, cuando existan pruebas o elementos, cuyo análisis de conjunto, permitan colegir, a través de una inferencia lógica, que uno o más sujetos pudieron haberse ubicado en algunas de las situaciones antes mencionadas, en relación con los hechos constitutivos del delito. Esto, significa que la existencia de la conducta o hecho y su adecuación típica, debe ser presupuesto lógico para, bajo ese supuesto, dado el caso, hablar de presunta responsabilidad..." (94) En virtud de lo anterior ¿cómo debe de probarse la probable responsabilidad del indiciado? Pues esta debe de basarse en datos suficientes que la hagan no posible, sino convincente o creíble toda vez que dichos datos se refieren a pruebas idóneas y útiles para los fines de la etapa de preinstrucción.

Para finalizar este breve comentario es importante reafirmar lo que manifestamos líneas atrás respecto a que dentro del inciso h) del artículo 168 del CFPP que se refiere a los elementos del tipo penal la Suprema Corte del Estado Mexicano ha establecido que por "los demás elementos que mencione la ley" debe de entenderse incluidas las agravantes o atenuantes del tipo penal, lo que permitirá al inculpado saber el tipo de delito específico por el cual se le someterá a un proceso penal, dicha jurisprudencia es de la Novena Epoca emitida por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis: 1a./J. 6/97, Página: 197, apareciendo bajo el rubro:

AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que:

(94) Colín Sánchez, ob. Cit., pags. 386-387.

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

Contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz.

Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia.

Nota: Esta tesis modifica el criterio sustentado en la jurisprudencia por contradicción de tesis 4/89, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, abril-junio de 1989, página 59.

Tomando en consideración lo anterior como requisitos constitucionales medulares del Auto de Formal Prisión se deben de mencionar que requisitos debe de contener para que cumpla con las exigencias legales establecidas para su debido cumplimiento, que en relación directa con la normatividad secundaria en materia de Delincuencia Organizada, y por aplicación supletoria del CFPP, son las que se desprenden del artículo 161 de dicho cuerpo de normas; en virtud de lo expuesto es de decirse que los requisitos mencionados son:

- 1.- Acreditación de los elementos del tipo penal;
- 2.- Acreditación de la Probable Responsabilidad del Indiciado;
- 3.- Dictarse dentro de las setenta y dos horas, o en su caso ciento cuarenta y cuatro horas, siguientes al momento en que el Juzgador emita el Auto de Radicación;
- 4.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con las requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;
- 5.- Que el delito por el que se vaya a seguir el proceso tenga señalada como sanción pena privativa de la libertad;
- 6.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal; y

7.- Que se establezcan los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del Secretario que la autorice (requisito no establecido en el CFPP, mas su realización es elemento lógico para determinar que efectivamente el funcionario competente es el que emite el acto jurisdiccional, además de que se establece dicho requisito en el artículo 297 del CPPDF)

8.- Fundamentación y Motivación en su doble orden formal y material.

Respecto a los dos primeros elementos ya se comento lo referente a su connotación jurídica, y respecto al marcado con el número tres basta mencionar, compartiendo el criterio del maestro Colín Sánchez, que sí el Juzgador no dicta la resolución dentro de dichos términos legales sino con posterioridad a las mismas, el Auto de Formal Prisión surte sus efectos plenamente sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra dicho juzgador, y si se dejó en libertad al procesado se suspenderá la iniciación del proceso, hasta en tanto sea reaprehendido previa solicitud del Ministerio Público; en relación a los requisitos marcados con los números del tres al siete son elementos lógicos y racionales para el dictado de dicha resolución jurisdiccional, y en relación con el último ya ha quedado debidamente explicado en el estudio de la Orden de Aprehensión, comentándose solamente que en la actualidad la tutela jurídica de la falta de motivación y fundamentación ya no es lisa y llana en todos los casos en tratándose de amparo en contra del Auto de Formal Prisión y de la Orden de Aprehensión, sino que en la actualidad si no existe motivación y fundamentación formal el amparo que se conceda solo será para el efecto de que se vuelva a emitir otra resolución el la que se cumpla con dichos requisitos, dicha jurisprudencia aparece en Novena Epoca, emitida por el Pleno de la Corte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Octubre de 1996, Tesis: P./J. 59/96, Página: 74, apareciendo bajo el rubro:

ORDEN DE APREHENSION Y AUTO DE FORMAL PRISION. EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE POR FALTA O DEFICIENCIA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE ESAS RESOLUCIONES. Tratándose de órdenes de aprehensión y de autos de formal prisión, el amparo que se concede por las indicadas irregularidades formales, no produce el efecto de dejar en libertad al probable responsable, ni tampoco el de anular actuaciones posteriores, sino que en estos casos, el efecto del amparo consiste en que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado y con plenitud de jurisdicción dicte una nueva resolución, la cual podrá ser en el mismo sentido de la anterior, purgando los vicios formales que la afectaban, o en sentido diverso, con lo cual queda cumplido el amparo. De ahí que en la primera de esas hipótesis las irregularidades formales pueden purgarse sin restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, porque no estando afectado el fondo de la orden de aprehensión o de la formal prisión, deben producir todos los efectos y consecuencias jurídicas a que están destinadas.

Contradicción de tesis 20/95. Entre las sustentadas por el Primero y el Segundo Tribunales Colegiados del Noveno Circuito. 10 de octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Manuel Rojas Fonseca y Angelina Hernández Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el catorce de octubre en curso, aprobó, con el número 59/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Por otro lado, y al margen del tema que estamos estudiando hay que criticar la técnica jurídica con la cual algunos Jueces analizan las demandas de amparo enderezadas en contra de un

Auto de Formal Prisión o de una Orden de Aprehensión, ya que si en su sentencia detectan violaciones formales a la Constitución conceden el amparo para efectos, no entrando al estudio del fondo de la motivación y fundamentación de dichos actos jurisdiccionales, ello con notorio perjuicio del procesado que si es inocente tendrá que esperar más tiempo para conseguir su libertad por la comodidad de un Juez de Distrito que se niega por técnica jurídica a entrar al estudio del fondo del amparo en virtud de que ya detecto violaciones formales a la Constitución, mas no todo es malo en la Administración de Justicia toda vez que algunos Tribunales, con anterioridad a la reforma de 1993, se refieren implícitamente a este actuar contrario a la Técnica de Amparo del Juzgador, estableciendo que primero se deben de estudiar los requisitos de fondo de dichos actos judiciales y si en su caso se cumplieron, entrar al estudio de los requisitos formales, dichas Jurisprudencias se deben de interpretar en armonía con el nuevo espíritu del artículo 19 Constitucional, toda vez que antes de la reforma de 1993 se establecían ciertos requisitos formales en el numeral citado que debían constar en el Auto de Formal Prisión y que eran las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que ahora forman parte de los elementos del tipo penal, por ello dichas jurisprudencias se deben de acatar en la actualidad, mismas que se transcriben a continuación:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 68, Agosto de 1993

Tesis: VII.P. J/28

Página: 82

AUTO DE FORMAL PRISION. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA DEL, EN EL AMPARO. Es contraria a la técnica del juicio del amparo la conducta del juez de Distrito que consiste en limitarse a estudiar en su sentencia, cuando el acto reclamado es el auto de formal prisión, la cuestión relativa a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 constitucional y a conceder el amparo lisa y llanamente. Lo debido es, conforme a las jurisprudencias números 279 y 284 y a la segunda tesis relacionada con esta última, consultables en las páginas cuatrocientos noventa y cuatro, cuatrocientos noventa y nueve y quinientos, respectivamente, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos ochenta y nueve, apreciar las pruebas del proceso para determinar primeramente si se encuentran o no satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de los formales, para que en caso de que no se hayan satisfecho conceder la protección constitucional solamente para que esa omisión sea subsanada.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 4/90. Juez Segundo de Distrito en la Entidad y otra. 2 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Manuel Francisco Reynaud Carus.

Amparo en revisión 606/89. Juez Segundo de Distrito en la Entidad y otra. 29 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Manuel Francisco Reynaud Carus.

Amparo en revisión 146/92. Miguel Palestina Olivier y otro. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Heriberto Sánchez Vargas.

Amparo en revisión 118/93. Juez Primero de Primera Instancia de Cosamaloapan, Veracruz. 25 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo en revisión 168/93. Juez Mixto de Primera Instancia de Pánuco, Veracruz. 22 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII-Junio

Tesis: I.2o.P. J/29

Página: 145

AUTO DE FORMAL PRISION, EXAMEN DEL, EN EL JUICIO DE AMPARO. Es contraria a la técnica del juicio de amparo, el fallo del juez de Distrito que se limita a estudiar en su sentencia, cuando el acto reclamado es un auto de formal prisión, la cuestión relativa a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 Constitucional, y a conceder el amparo para que el juez natural subsane dicha deficiencia y resuelva nuevamente lo que proceda en derecho. Pues de conformidad con las jurisprudencias número 56 y 61, y a la cuarta tesis relacionada con esta última, consultables a fojas 89, 94 y 96 respectivamente de la Novena Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, primero deben apreciarse las pruebas que arrojó la averiguación, para determinar si se encuentran o no satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de requisitos de forma, para que en caso de no haberse satisfecho, se conceda la protección constitucional, solamente para el efecto de que esa omisión sea subsanada y de ninguna manera con plenitud de jurisdicción, pues ello podría conducir a agravar la situación del peticionario de garantías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 56/87. José Ernesto Fuentes Borboa. 27 de febrero de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

Amparo en revisión 4/90. Manuel Hernández Solís. 31 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Irma Rivero Ortiz.

Amparo en revisión 48/90. Martín Solís Hernández y José Pavón Ramírez. 14 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

Amparo en revisión 538/90. Ricardo Hernández Gutiérrez. 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretaria: María del Pilar Vargas Codina.

Amparo en revisión 382/90. Rafael Chao López. 24 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin.

NOTA: Esta tesis también aparece publica en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 42, Junio de 1991, pág. 100.

Finalmente el dictado del Auto de Formal Prisión surte los siguientes efectos en relación directa con los sujetos de la relación procesal y los terceros que deben de intervenir en la tramitación del proceso jurisdiccional:

- a) Da inicio y base el periodo procesal del procedimiento penal;
- b) Señala el delito o delitos por los cuales se seguirá el proceso penal;
- c) Debe notificarse inmediatamente, en forma personal al Ministerio Público adscrito al Juzgado y al procesado para efectos del derecho de impugnación establecido en la legislación secundaria. (artículo 163 del CFPP). Así como al Director del Centro Preventivo donde se encuentre recluido el ahora procesado;
- d) Debe ordenarse que se identifique al procesado por el sistema adoptado. Administrativamente y que se recaben datos de sus posibles ingresos anteriores a prisión.

Respecto a la identificación dactiloantropométrica del procesado como la denomina el maestro Julio Hernández Pliego (94) es importante comentar la enconada discusión que se dio en el seno de la Suprema Corte de Justicia del Estado Mexicano respecto al tema de si dicha identificación administrativa del procesado constituía una pena trascendental en términos del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y como consecuencia de ello es inconstitucional el artículo 165 del CFPP, así la Corte se manifestó por que la identificación administrativa a través de la ficha signalética que en palabras del maestro Colín Sánchez esta constituida por "una fotografía del identificado, en cuya parte inferior consta un número que, de acuerdo con el sistema, corresponde al identificado, sus huellas digitales, datos generales, y demás elementos, referentes a la conducta o hecho de la que se le considera probable autor, e informe sobre otros procesos pendientes o de los que culminaron en sentencia y con la pena decretada, etc..." (95), no es una pena en virtud de que no responde a los caracteres intrínsecos de tal configuración jurídica. Pero lo importante es que se realizó un voto minoritario formulado por los Ministros: Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Juan N. Silva Meza, quienes en sesión pública de fecha 26 de marzo de 1996, decidieron formular voto de minoría en el amparo en revisión 503/95, promovido por León Antonio Salinas Montoya, considerando dichos altos Ministros que la identificación administrativa del procesado constituía una pena trascendental e infamante para la persona sujeta a procedimiento penal en virtud de que se le colocaba un número de identificación y se le

(94) Hernández Pliego, ob. Cit., pag. 161.

(95) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 393.

retratada como si fuera ya un delincuente consumado y dicha reputación trascendería al ámbito familiar y social donde se desarrollara la persona. Voto particular interesante pero que no logro convencer a los demás integrantes de Nuestro Máximo Tribunal que sostienen el criterio establecido en la Novena Epoca, por el Pleno de la Corte, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Noviembre de 1996 (9A), Tesis: P./J. 160/95, Página: 5, apareciendo bajo el rubro:

FICHAS SIGNALETICAS, FORMACION DE IDENTIFICACION ADMINISTRATIVA DE PROCESADOS. Es un error considerar como pena la identificación, es decir, la laboración de la ficha dactiloscópica correspondiente, siendo que la naturaleza de esas medidas es completamente diferente y entre ellas existen diferencias substanciales. En efecto, en materia penal, por pena se considera, en términos generales, la sanción económica o privativa de libertad, publicación del fallo y otras que enumeran las leyes represivas, que el órgano jurisdiccional competente impone a un individuo atendiendo a conductas activas u omisivas, previstas en la ley aplicable. En cambio, la identificación del procesado no es una pena porque no se decreta en la sentencia y es una simple medida administrativa; constituye una reglamentación judicial y policiaca, necesaria en esos órdenes para identificación y antecedentes del proceso; es decir, configura una medida cuya ejecución aporta al Juez del proceso, y de futuros procesos, más elementos del juicio para individualizar la pena que deba imponerse al que cometió uno o varios delitos. Desde otro punto de vista, la identificación del procesado tampoco constituye una pena, porque éstas se imponen hasta la sentencia, mientras que la identificación del procesado, por imperativo del artículo 165 del Código Federal de Procedimientos Penales, debe realizarse apenas dictado el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso. En tales condiciones, como la identificación del procesado no es una pena, deben considerarse infundadas las argumentaciones en el sentido de que se trata de una pena infamante y trascendental, porque, no teniendo el carácter de pena, de acuerdo con lo antes expuesto, menos puede tratarse de una pena infamante y trascendente, de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 2359/66. Otto Spencer López. 23 de febrero de 1976. Unanimidad de diecisiete votos.

Amparo en revisión 560/78. Hermilio Tamez Chávez. 2 de mayo de 1979. Unanimidad de dieciséis votos.

Amparo en revisión 4653/78. Mario Escobar Escobar y otra. 17 de julio de 1979. Unanimidad de dieciséis votos.

Amparo en revisión 2541/77. Dora Orduño Zamudio de Torres. 4 de diciembre de 1979. Unanimidad de dieciséis votos.

Amparo en revisión 187/82. Bulmaro Wilfrido Silva Meléndez. 10 de agosto de 1982. Unanimidad de dieciocho votos.

Sin embargo es de importancia resaltar que en nuestro concepto la Corte se contradice tácitamente al establecer que procede la suspensión provisional que se pida en contra de la orden de identificación administrativa, en virtud de que si en su concepto, antes transcrito, la ficha

signalética no constituye una pena en los términos del artículo 22 Constitucional sino un simple acto administrativo de la autoridad para efectos de control interno de posteriores investigaciones y sujeciones a procedimiento, entonces para que conceder la suspensión definitiva ante un amparo promovido por el quejoso privado de su libertad, además de que en el orden práctico dicho amparo solo tiene eficacia en tratándose de personas no privadas de su libertad y sujetas a proceso ya que los privados de su libertad son identificados por el personal correspondiente inmediatamente que se dicta el Auto de Formal Prisión, finalmente quedaría por preguntar que a lo mejor con dicho criterio queda sin efectos la jurisprudencia mencionada que aparece en la Octava Epoca, emitida por la Primera Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 78, Junio de 1994, Tesis: 1a./J. 14/94, Página: 26, apareciendo bajo el rubro:

IDENTIFICACION ADMINISTRATIVA DEL PROCESADO. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION PROVISIONAL. En aquéllos casos en que se combaten en la vía del amparo indirecto tanto el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, como la identificación administrativa del imputado, es procedente otorgar la suspensión provisional de este último acto, pues ese mandato de identificación, por cuanto a que tiene su fundamento en la formal prisión, combatido en el mismo juicio de garantías, es menester que primero se examine la legalidad de éste y luego de estimarse constitucional esa resolución, deberán tenerse como legales también sus consecuencias, entre ellas la identificación administrativa reclamada; además de que de recabarse la ficha signalética, antes de resolverse tal situación jurídica en definitiva, se provocarían al quejoso daños y perjuicios de difícil reparación, puesto que quedarían registradas esos datos en los archivos respectivos con o sin las anotaciones de libertad que se hicieran.

Contradicción de tesis 17/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 11 de abril de 1994. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: Jorge Ojeda Velázquez.

Tesis de Jurisprudencia 14/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada celebrada el nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado. Ausente el Ministro Samuel Alba Leyva.

e) No revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto, es decir justifica la prisión preventiva del inculpado;

f) Suspende las prerrogativas del ciudadano a que aluden los artículos 35 en relación con el 38 fracción II de la Constitución del País; y

g) Establece el tipo de proceso que ha de seguirse (ordinario o sumario)

14-B.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Una vez que vaya a concluir o antes según el caso, el término de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro horas si así se solicitó, el juzgador puede llegar a la certeza de que no existen elementos suficientes para procesar a una persona, lo cual no impide que con datos posteriores se pueda proceder nuevamente en contra del inculcado, así establece el artículo 167 del CFPP que:

“ Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculcado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate.

También en estos casos, el Ministerio Público podrá promover prueba, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del artículo 4º, hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitará nuevamente al juez dicte orden de aprehensión, en los términos del artículo 195, o de comparecencia, según corresponda...”

Como se desprende de lo anterior si en el caso de que en el periodo de preinstrucción no se acrediten los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del indiciado se dictará auto de libertad por falta de méritos, o bien en caso de que se compruebe plenamente que existe alguna causa eximente de responsabilidad o bien se compruebe fehacientemente la inocencia del inculcado, como en el caso de que exista una causa extintiva del delito, se dará el sobreseimiento del expediente- artículo 298 fracción VI y VII del CFPP (el cual se puede dar en cualquier etapa del procedimiento penal) que en el caso que nos ocupa el auto de libertad por falta de elementos para procesar será absoluto, es decir no se podrá actuar nuevamente en contra del inculcado, ya que la resolución judicial tendrá efectos de una sentencia absolutoria.

En relación a este tema es importante destacar que se deja sin seguridad jurídica al indiciado al dictarse el auto de libertad por falta de elementos para procesar, toda vez que se deja expedito por un largo tiempo para que con nuevas pruebas se pueda iniciar un nuevo procedimiento en contra del inculcado, dejándolo sin la certeza de que el hecho que se le imputa no influirá más en su vida. Lo anterior en virtud de que por disposición expresa del artículo 167 en los casos de que se dicte un auto de libertad por falta de elementos para procesar no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate, y en el caso especial de la delincuencia organizada por disposición expresa del artículo 6 de la LFDO “Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicaran respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2º. De esta Ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada”, en consecuencia habrá que hacer cuentas para sacar el número de años durante los cuales una persona vivirá con el pendiente de que en cualquier momento se le pueda iniciar un nuevo procedimiento penal por datos nuevos que aporte el Ministerio Público.

Respecto a este tema en nuestro concepto la disposición del artículo 167 del CFPP debe de interpretarse en concordancia con el sistema normativo integral del ordenamiento invocado y en relación directa con el artículo 298 en sus fracciones VI y VII, ya que si bien la disposición en principio citada es una regla especial del procedimiento penal la misma debe de interpretarse en el sentido de que procederá el sobreseimiento una vez que se dicte el Auto de Libertad por falta

de Elementos para Procesar cuando exista prueba **PLENA Y FEHACIENTE** que acredite una *eximente de responsabilidad o bien la inocencia del acusado*, en virtud de que en dicho caso no es necesaria la presencia de medios posteriores de prueba que presente el Ministerio Público. Por tanto en nuestro concepto una vez dictado el Auto de Libertad por falta de Méritos, la persona que fue inculpada debe de solicitar el sobreseimiento de la causa haciendo valer que existe prueba plena y fehaciente sobre su inocencia ante el juez que dictó tal resolución quién en correcta hermenéutica jurídica deberá decretar el sobreseimiento del expediente, y en caso contrarió estar a lo dispuesto por el artículo 167 del CFPP.

Solamente resta decir que en materia de fuero común no es necesaria interpretación alguna respecto al tema en cuestión, la cual como es subjetiva y humana puede ser o no compartida por la doctrina o por el poder judicial, en virtud de que el artículo 36 del CPPDF, establece que:

“Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o en su desahogo, no son suficientes para libara las órdenes referidas, se sobreseerá la causa.”

“...Nada más lesivo al desarrollo de una disciplina que el enseñarla como fruto ya terminado. La historia es un constante cambio de posiciones, al través de las cuales los problemas adquieren diferentes perspectivas. Todo en la vida “se esta haciendo” y lo propio sucede con los productos culturales; detenerlos en su marcha equivale a privarlos de la existencia, por estacionarlos en un punto fijo del tiempo e impedirles la llegada de la savia del nuevo pensamiento...”

Manuel Rivera Silva (Palabras a la Primera Edición de su libro El Procedimiento Penal Mexicano, febrero de 1944)

CAPITULO CUARTO

EL PERIODO PROCESAL

15.- LA PRUEBA

Difícil tarea es conceptuar la prueba puesto que es un término que a través de la historia jurídica se ha caracterizado por definirse bajo diversas acepciones formando parte de lo que en opinión de nosotros es un “término impropio” puesto que desde un punto teórico como objeto de conocimiento presenta dificultades difíciles de vencer, ya que “...Los términos impropios son cadenas que ligan a los hombres a prácticas contrarias a la razón. Jamás el error es tan difícil de destruir como cuando tiene su raíz en el lenguaje. Todo término impropio contiene un germen de proposiciones engañosas. Forma una nube que oculta la naturaleza de las cosas y presenta un obstáculo, con frecuencia invencible a la investigación de la verdad...” (97)

Sin embargo no debemos esquivar dicha tarea sino hacer un modesto esfuerzo de investigación para alcanzar lo que consideremos su correcta definición, así acudiendo a sus -----

(97) Jeremias Bentham, Tratado de las Pruebas Judiciales, Tomo I, Edit. Ejea Buenos Aires, 1959, pag. 177.

orígenes prueba etimológicamente se desprende del adverbio latino probe que significa comportarse con honradez, con probidad; otros autores establecen que proviene de la derivación de la palabra probandum, vinculada al hecho mismo de experimentar, patentizar o hacer fe de algo.

A continuación, e invirtiendo el orden tradicional de exposición expondremos nuestro concepto de prueba, explicándolo con brevedad y sencillez para posteriormente, emitir las opiniones de diversos autores, comentándolas respecto a la definición que proporcionamos. En este sentido en nuestro concepto PRUEBA es:

La demostración de la existencia o inexistencia de una determinada situación jurídica, que se obtiene a través del estado mental que se produce en el espíritu una vez que se valoriza todo el conocimiento que proporcionan los distintos medios probatorios que se presentan durante el procedimiento, con el fin de aplicar el derecho al caso concreto.

ELEMENTOS

a) La demostración de la existencia o inexistencia de una determinada situación jurídica.- Con evidenciar que en el mundo fáctico se presente un hecho jurídico de trascendencia procedimental, se logra la concatenación de diversas situaciones que conducen a cumplir con los fines del procedimiento en general ; es decir la prueba se presenta momento a momento durante el procedimiento, y específicamente en el procedimiento penal se presenta en las siguientes situaciones jurídicas: a) Para demostrar que en una conducta o hecho se da la existencia o la inexistencia de los elementos del tipo penal, la antijuridicidad y la probable responsabilidad del inculcado en la averiguación previa; b) Para demostrar que en una conducta o hecho se da la existencia o la inexistencia de los elementos del tipo penal, la antijuridicidad y la probable responsabilidad del inculcado durante el periodo de preparación del proceso; y c) Para demostrar que en una conducta se da la existencia o la inexistencia de los elementos del tipo penal, la antijuridicidad y la plena responsabilidad penal del procesado durante el proceso. Recordando que tanto en el periodo de preparación de la acción procesal penal como en el periodo de preparación del proceso el inculcado tiene derecho a ofrecer pruebas.

b) Que se obtiene a través del estado mental que se produce en el espíritu.- En un momento determinado del procedimiento el funcionario público que conozca del mismo adoptara una posición mental respecto a la situación jurídica que se le sometió a su conocimiento; así en el procedimiento penal a) el Ministerio Público al término de las diligencias probatorias en la averiguación previa podrá llegar a la convicción de que se ha demostrado la existencia o inexistencia de los elementos referidos para la averiguación previa; b) el Organismo Jurisdiccional al término de la Preinstrucción igualmente deberá llegar a la convicción de la existencia o inexistencia de los elementos citados para la preinstrucción; y c) El mismo Organismo Jurisdiccional al término de la instrucción tendrá ya en su mente la certeza de la existencia o inexistencia de los elementos mencionados para el proceso.

c) Una vez que se valoriza todo el conocimiento que proporcionan los distintos medios probatorios que se presentan durante el procedimiento.- Apreciando en su conjunto todo los modos o actos a través del cual adquieren conocimiento el Ministerio Público o el Juez, es posible que se capte y entienda la situación jurídica sometida a su conocimiento, lográndose asumir una postura espiritual (convicción y certeza) para decidir sobre un caso concreto.

Con los dos anteriores elementos se denota la indole subjetiva y objetiva que abarca la prueba en el procedimiento.

d) Con el fin de aplicar el derecho al caso concreto.- Gracias a que en concepto del Ministerio Público y del Juzgador se ha demostrado alguna de las situaciones jurídicas mencionadas en el inciso a), en consecuencia es posible: a) Que el Ministerio Público ejercite la Acción Procesal Penal o bien no la ejercite; b) Que el Juzgador dicte el auto de término constitucional; y c) Que el Juzgador emita la sentencia correspondiente, creando la norma jurídica individualizada.

A continuación expondremos el pensamiento de algunos autores comentando sus razonamientos en forma sucinta; así en principio Jeremias Bentham se pregunta "...¿Qué es una prueba? -contestandose- En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho- más adelante manifiesta- un hecho es todo aquello que puede ser enunciado por una proposición..." (98)

Desprendiéndose de lo anterior que para dicho autor prueba es un hecho basado en la creencia de sentirlo verdadero (lo que se logrará con los medios de convicción de que se allegue la persona) y que motiva el convencimiento acerca de sí existió o no existió un hecho que como hipótesis se trata de reconstruir. En consecuencia existe un hecho principal que se busca conocer y para ello se busca demostrar su existencia o inexistencia; y esto último se logra observando los hechos que rodean dicha situación preconstituída para saber cuales lo hacen probable o menos probables así "... Un hecho que disminuye la probabilidad, puede ser llamado infirmativo... Un hecho que aumente la probabilidad, puede ser llamado corroborativo..." (99)

Como se observa en el fondo del razonamiento de dicho autor, concibe a la prueba como un medio probatorio, ya que cualquier elemento de prueba puede servir de motivo de credibilidad, sobre la existencia o inexistencia de un hecho, en consecuencia dicho autor confunde una parte de lo que conforma la prueba con la prueba misma.

El autor Hugo Alsina establece que "...En la técnica procesal la palabra prueba tiene otras acepciones. Se le usa a veces para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso de la instrucción... Otras veces se refiere a la acción de probar... Por último, designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados- después de manifestar lo anterior define la prueba como- la comprobación judicial, por los modos que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende..." (100)

Para dicho autor la prueba es una acción realizada por el juez a través de la cual comprueba la verdad o mentira de un pretendido derecho que en materia penal lo será la-

(98) Jeremias Bentham, ob. Cit., pags. 21-26.

(99) Jeremias Bentham, ob. Cit., pag. 294.

(100) Hugo Alsina, Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, Segunda Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires Argentina, 1961, pags. 224-225.

pretensión punitiva estatal, basándose para ello en los medios probatorios establecidos por la ley. De aquí igualmente se desprende que para dicho autor es diferente el término prueba al término medio probatorio, sin embargo, dentro del procedimiento penal es dable preguntarnos ¿ acaso solo el juez puede comprobar la verdad de un hecho controvertido? A lo que contestamos que no, toda vez que también el Ministerio Público busca dentro de la etapa de averiguación previa comprobar el hecho controvertido consistente en la comisión de un hecho delictuoso- por supuesto habrá que recordar que dicho autor es especialista en una materia que no es penal.

TEORIA DE ANTONIO DELLEPIANE

En este momento es deber manifestar que el autor Antonio Dellepiane, expone una teoría que ha influido mucho en la lógica jurídica del suscrito; y por tanto en honestidad intelectual se debe de hacer una síntesis de su teoría; así dicho autor manifiesta que "...La teoría de la prueba judicial puede decirse que es un mero capítulo de la lógica aplicada, y, como tal, entraña el conocimiento o la referencia de problemas de sicología y hasta de metafísica- continua diciendo- que es curioso y sensible de notar que el estudio de las citadas normas se verifica en las facultades de derecho desde un punto de vista jurídico y exegético, antes que filosófico; como asimismo que se lleva a cabo el examen aislado de cada uno de los medios de prueba (confesión, testimonio, peritaje, etc.), determinándose las condiciones que para cada uno de ellos haga de por sí plena prueba, pero sin realizar un estudio conjunto sobre la prueba en general..." (101)

Más adelante manifiesta dicho autor que la teoría de la prueba judicial pertenece a la metodología de las ciencias reconstructivas- diciendo- "... la prueba judicial implica una confrontación o verificación de las afirmaciones de cada parte con los elementos de juicio suministrados por ella y su adversario o recogidos por el juez para acreditar o invalidar dichas afirmaciones, utilizando para ello un método llamado reconstructivo que busca averiguar hechos o seres del pasado, con el objetivo de encontrar la verdad o cierta clase de verdad, que en el derecho se refiere en cuanto a los hechos y en cuanto al derecho..."(102)

Como se va denotando el jurista Antonio Dellepiane crea una teoría unitaria de la prueba que explora nuevos horizontes jurídicos, en virtud de que estudia la prueba como parte de las ciencias reconstructivas es decir como una parte de los cuerpos de conocimientos que estudian la veracidad o mendacidad de hechos pasados; así dicho autor comienza por decir que las ciencias reconstructivas tienen las siguientes características:

- a) Suponen el conocimiento de lo actual ya que ello ayuda a conocer el pasado así como el conocimiento del pasado ayuda a conocer lo actual;
- b) Todas ellas suponen la posesión o el conocimiento de rastros, huellas, vestigios, dejados por las cosas, hechos o seres del pasado.
- c) Cuentan con un método reconstructivo consistente en una operación ideal o mental o a lo sumo figurada, desempeñando gran papel la imaginación inventiva a través de la creación de hipótesis que preludian descubrimientos.

(101) Nueva Teoría de la Prueba, Antonio Dellepiane, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1989, pags.1-5.

(102) Dellepiane, ob. Cit., pags. 27-30.

- d) El proceso de reconstrucción comprende a juicio del autor en cita operaciones consistentes en busca de rastros, recolección, conservación y descripción o representación de los mismos, descripción del lugar, estudio de los rastros y formación de hipótesis, crítica de las hipótesis para establecer su valor, comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos (principio de confirmación) y exclusión de hipótesis contradictorias (de intervención del azar, de la falsificación de prueba, etc.)

Con atinado criterio jurídico Dellepiane dice que "Toda verdad debe resistir a la prueba de la duda y salir triunfante de ella por medio de la prueba, de la cual podríamos decir que es hija de la duda y madre de la verdad...No hay, pues, método ni verdad sin prueba" (103)

Sigue manifestando dicho autor que antes de toda prueba y en virtud de su propia naturaleza todo lleva en sí envuelto un coeficiente de posibilidad de existencia o va acompañado de él, así la creencia acerca de la existencia de un hecho es así función de dos variables; del valor de la posibilidad de existencia del hecho y el valor de la prueba que intenta demostrarlo; como consecuencia de lo anterior la prueba es la piedra de toque, el criterio de la verdad, sin embargo toda prueba por plena o perfecta que sea de un hecho inverosímil se vuelve por esta sola circunstancia sospechosa, más que sospechosa, presuntivamente falsa y por tal razón judicialmente inaceptable. Establecidos los anteriores canones de la prueba por parte de Dellepiane comienza su teoría general de la prueba estableciendo que la prueba siempre es compuesta siendo el resultado no de un solo medio de prueba, sino del concurso o combinación de varios de ellos, por ello se deben buscar principios comunes de la prueba para englobarlos a una teoría general y para ello **DECLARA LA UNIVERSALIDAD DE LA PRUEBA INDICIARIA** considerándola no solo como la reina de las pruebas (probatio probatissima), sino como la base misma de la teoría general de la prueba y cuyos principios rectores son aplicables a cualquier otro medio probatorio llamesé confesión, testimonial, pericial, etc.

Sigue manifestado dicho autor que indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general, todo hecho debidamente comprobado susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, llamando a la operación mental realizada inferencia indiciaria porque en esta la ley que constituye la premisa mayor del silogismo correspondiente, no es siempre una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido común cuyo carácter es contingente. Que el autor de un crimen fuga o se oculta después de cometerlo, y reciprocamente, que todo el que fuga o se oculta es porque ha cometido un delito, no son verdades generales y constantes. Y si de lo anterior se saca como regla general que el que se fuga o oculta es criminal, ello no es una deducción rigurosa, sino lo que los lógicos llaman un raciocinio por analogía o por inferencia analógica; verbigracia, se dice mirate en el espejo de fulano, si persistes en jugar. El raciocinio implícito es este: los jugadores generalmente se arruinan (inferencia inductiva); es así que tú juegas, luego te arruinarás (inferencia analógica). En virtud de lo anterior la **INFERENCIA INDICIARIA SOLO ES CIERTA CUANDO SE APOYA EN UNA LEY GENERAL Y CONSTANTE ES DECIR CUANDO DEJA DE SER UN INFERENCIA ANALOGICA CONVIRTIENDOSE EN UNA DEDUCCION RIGUROSA.**

Pero se pregunta dicho autor ¿ cómo es posible con varias inferencia indiciarias de carácter analógico que son solo probables llegar a la certeza sobre la realidad de la existencia de un hecho? Pues a través de un fundamento racional que analice las probabilidades de veracidad y el valor de cada indicio y su inferencia indiciaria para llegar a establecer si convergen en un fin común, lo que al final provocara la certeza del hecho; sin embargo hay que tomar mucho en cuenta al realizar la operación mental tener en consideración el azar y la falsificación de la prueba situaciones que son productoras de indicios, y que para detectarlas se necesitara grandes dotes culturales y psicológicas en el juzgador, y añade el suscrito de las partes para hacerlas notar a dicho personaje.

Se introduce en este acto lo que llama Dellepiane el principio de confirmación que buscara realizar una concordancia de los indicios y una convergencia de las inferencias indiciarias para llegar a una conclusión, que deberá estar libre de toda duda y sospecha de intervención del azar o existencia de falsificación de prueba o bien estar seguro de esto último, logrando con ello crear un hecho nuevo (el conocimiento del hecho que fue desconocido en un principio) que reforzara el valor de cada hecho indiciario.

Finalmente debemos establecer que dicho autor establece que los indicios debe hallarse comprobados para analizarlos precisarlos y valuarlos, llegando por separado a formar una concordancia de indicios que ensamblen entre sí en cuanto a tiempo, lugar, modo y ocasión, creando a la vez inferencias indiciarias que converjan a formar una sola conclusión de certeza donde se excluyan el azar y la falsificación de la prueba. Hasta aquí la exposición de la teoría de Antonio Dellepiane. Hasta aquí la exposición de la teoría de dicho autor, quedando solo comentar que este jurista engloba en su teoría, todo lo que forma parte de la prueba y que al ser parte integrante de la misma debe por tanto introducirse en su concepto, en consecuencia prueba es tanto los medios probatorios regulados por la ley, como el proceso racional de confirmación de cada medio probatorio y la valorización final de todos los medios de prueba para llegar a la convicción o certeza de un determinado hecho pasado, el cual se reconstruye para aplicar la ley al caso concreto.

Por su parte el autor Carlos M. Oronoz establece en su obra la imperiosa necesidad de que la forma en que se proceda a probar los hechos se sujete a ciertos principios, mismos que los divide en: a) Principio Racional que consiste en el derecho de credibilidad del cual gozan ciertos hechos; b) Principio Ontológico que consiste en que el hecho ordinario es decir el que se verifica en mayor número de ocasiones debe revestir mayor credibilidad, debido al testimonio universal de las cosas; y c) Principio Lógico que consiste en que ante la presencia de un hecho negativo y otro positivo, el que afirma algo esta obligado a probarlo, recordando, claro, que en materia penal toda persona se presume inocente hasta en tanto no se compruebe lo contrario. (104). Lo anterior corrobora en parte lo manifestado por el autor Dellepiane, respecto a lo verosímil que debe de ser el medio probatorio que se ofrezca y se desahogue en el procedimiento penal respecto de la verdad histórica que se busca descubrir.

(104) Carlos M. Oronoz, Las Pruebas en Materia Penal, Edit. Pac. S.A. de C.V., México, 1993, pags. 15-18.

Remitiéndonos a otros autores el maestro Manuel Baca Godoy en su tesis profesional conceptúa la prueba de la siguiente manera: "Prueba es todo conocimiento, respecto de un hecho delictuoso, transmitido en las actividades propias del procedimiento penal y que conduzcan a la verdad histórica, provocando la certeza en el órgano jurisdiccional de la existencia del delito-continua diciendo- Al hacer el análisis de nuestro concepto, nos percatamos, que se concibe a la prueba; en su doble aspecto, en cuanto a que se tiene en cuenta como objetivo (prueba en si considerada) cuando establecemos " Prueba es todo conocimiento respecto de un hecho delictuoso, transmitido en actividades propias del procedimiento penal"...y también se le concibe como un juicio de valoración subjetivo que realiza el órgano jurisdiccional, cuando se estatuye " que conduzcan a la verdad histórica, provocando la certeza en el órgano jurisdiccional. Por otro lado cuando utilizamos el término "verdad histórica", queda implícito dentro de dicho término; comprobación del cuerpo del delito, presunta responsabilidad penal, circunstancias de ejecución y personalidad del delincuente..." (105)

De lo anterior se colige que para, quien fue nuestro distinguido maestro en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la prueba se configura por todo conocimiento de un hecho delictuoso; mas la prueba no engloba conocer un hecho delictuoso puesto que antes de que se dicte sentencia definitiva no se sabe con certeza de que se trate de un hecho delictuoso dicho conocimiento, puesto que como lo manifestamos anteriormente la prueba se da tanto en el periodo preparatorio de la Acción Procesal Penal, como en la Preinstrucción y en puridad técnica todavía en estas etapas se presume que es un hecho delictuoso. Ahora bien que se transmite dicho conocimiento a lo largo del procedimiento penal es cierto, y que este conduzca a la verdad histórica incluyendo en esto la comprobación del cuerpo del delito, presunta responsabilidad penal, circunstancias de ejecución hasta aquí estoy de acuerdo pero la personalidad del delincuente no lo considero por la sencilla razón de que su comprobación se da con la finalidad de aplicar una pena de acuerdo al grado de peligrosidad del delincuente, y esto es una cuestión de forma que no implica los fines primordiales de la prueba respecto de la especial situación jurídica que intente demostrarse. Finalmente al decir dicho autor " provocando la certeza en el órgano jurisdiccional" segrega al Ministerio Público de adquirir una posición mental respecto de los medios probatorios que se le presenten y sobre todo con ello establece implícitamente que la prueba solo se presenta durante el proceso penal y no durante todo el procedimiento penal como él mismo lo menciona en su propio concepto.

El reconocido autor Julio Acero encierra el problema de la prueba en dos extremos "como materia y como resultado, es decir, en su PRODUCCION y su CALIFICACION"- englobando en lo primero-"las formalidades y requisitos de procedimiento que intervienen en el rendición de la prueba, así como, las cualidades mismas de la constitución de la prueba- y en lo segundo- a los principios de su apreciación." (106) Al primer extremo lo llama igualmente PRUEBA-ELEMENTO DE CONVICCION y al otro extremo PRUEBA-CERTEZA.

(105) Manuel Baca Godoy, Tesis Profesional "El careo como medio de prueba y su valoración dentro del Procedimiento Penal Mexicano, ENEF Aragón, 1987, pags. 44-45.

(106) Julio Acero, Nuestro Procedimiento Penal, México, 1976, pag. 219

Al hablar de lo que es materia de la prueba, sin duda alguna afirma que solo los hechos lo son; llegando a decir que: "... Podría asegurarse que hasta cuando se trata de aplicación de leyes extranjeras, antelación de jurisprudencia, etc., La prueba susceptible de producirse no versaría sino sobre puntos de hecho como serían la existencia de la ley o de las ejecutorias invocadas; pero sin poder invadir, sin cambiarse en doctrina, el punto de apreciación de su fuerza legal sujeto de todos modos a la aprobación judicial..." (107) Dicho autor al referirse a hechos que se deben de probar establece que se deben de desechar los notorios por que no necesitan probarse; los imposibles o inverosímiles por que no pueden probarse; y los impertinentes por que no tienen para que probarse.

Finalmente al tratar a la prueba como medio la califica como la apariencia o la manera en que se presenta para servir de medio de convicción. Por último uniendo la prueba como hecho con la prueba como medio establece que lo que se debe de probar son los hechos racionales, que se logrará añadiendo "...la racionalidad de los medios y aun pudiera decirse su racionalismo en el sentido de rehusar no solo lo francamente bárbaros, violentos o supersticiosos, sino los notoriamente inidóneos en cuanto se refiere a su falta de influencia sobre las facultades del intelecto..." (108)

Como se desprende de lo anterior para dicho autor igualmente la prueba debe de englobar en su concepto tanto los medios probatorios regulados por la ley, que implícitamente considera a cada uno en su singularidad como elementos de convicción y no como de certeza puesto que la prueba siempre será compuesta y nunca única, así como los requisitos que debe de reunir cada elemento de convicción (suponemos que se refiere a elementos en abstracto), como la forma de asegurar su confirmación y la valorización de todos ellos para averiguar la existencia o la inexistencia de la situación que se presente ya sea ante el Ministerio Público o ante el Organó Jurisdiccional, para con ello estar en posibilidades de aplicar la ley al caso concreto y como se observa el concepto proporcionado por nosotros no dista mucho de lo manifestado por el autor, aunque hábilmente se abstenga de dar un concepto en concreto de la prueba, único hecho que se le podría criticar, pero a lo mejor sea de alabar, puesto que elaborar un concepto de prueba siempre da lugar, con el tiempo, a innumerables discusiones teóricas, de carácter bizantino.

Más adelante dicho autor analiza ¿ quién y qué cosas debe de probar cada uno de los que intervienen en el proceso? Refiriéndose al principio de que quien afirma esta obligado a probar; mas convencido afirma que en los procesos penales la regla básica es que "...corresponden al Estado todas las pruebas del proceso, lo mismo las de cargo que las de descargo..." (109) Analizando finalmente dicho autor la valorización de la prueba.

Finalmente el autor Guillermo Colín Sánchez define a la prueba en los siguientes términos: "...prueba en materia penal, es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal..." (110)

(107) Julio Acero, Ob. Cit., pag. 222

(108) Julio Acero, ob. Cit. Pags. 234

(109) Julio Acero, ob. Cit. Pags. 241

(110) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México, 1997, pag. 407.

Para dicho autor la prueba es sinónimo de medio probatorio puesto que es este el que otorga el conocimiento sobre el tema probandum en el procedimiento penal. Entendiendo por verdad histórica dicho autor la que se procura obtener siempre que se quiera asegurar de la realidad de los acontecimientos, de algunos hechos realizados en el tiempo y en el espacio (la conducta o hecho realizado que es típica, quién o quiénes fueron sus autores, circunstancias de ejecución, instrumentos, etc.) No compartimos en nuestra humilde opinión la posición del egregio maestro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, toda vez que como se ha reiterado la parte no es igual al todo y si el medio probatorio es uno de los elementos de la prueba, en consecuencia no pueden guardar sinonimia alguna, además de que si nosotros partimos de la base de que la prueba se da a lo largo del procedimiento penal en consecuencia, no podemos comprender como fin de la misma la personalidad del delincuente puesto que este objetivo es finalidad de la pena que se le aplicara el acusado al momento de dictar sentencia en una de las partes del procedimiento penal, o si se quiere es para efectos de control administrativo, en el caso de posterior procedimiento penal en contra de la misma persona.

Por otro lado la opinión del suscrito coincide con la sustentada por el ilustre jurista en cuanto a que la prueba penal se presenta a lo largo del procedimiento penal puesto que manifiesta en su obra que: "...La prueba penal nace en el momento mismo en que suceden los hechos; en consecuencia, opera desde la averiguación previa, etapa procedimental en la cual, el funcionario de Policía Judicial, lleva a cabo la recolección de todo elemento que le conduzca al conocimiento del delito y de la presunta responsabilidad. Más tarde, continúa operando en la instrucción, en segundo instancia, y aun, en ocasiones, en la ejecución de sentencia, independientemente de que, con ello, no se persigan los fines antes señalados, sino otros, de importancia para el sentenciado: condena condicional y libertad preparatoria..." (111) Con lo anterior se vislumbra que la prueba debe de abarcar todo el procedimiento penal y no circunscribirla solamente al proceso penal.

Por otro lado indiscutiblemente en el procedimiento penal no tiene aplicabilidad el principio civilista de que la carga de la prueba toca al que afirma, puesto que en el mismo lo que se ventila son intereses inherentes al bien público temporal, que trascienden la esfera jurídica de los particulares para anidarse en el seno de la sociedad, quién a través del Estado busca la protección de ciertos valores ético-sociales; así cierto es que el Estado buscará la verdad histórica del delito valiéndose de sus funcionarios públicos que en determinados casos son contendientes, por un lado el Ministerio Público y por el otro el Defensor de Oficio, por tanto el Estado llevará al procedimiento tanto pruebas de cargo como de descargo.

Con base en el concepto que de prueba dimos, establecemos como elementos de la prueba al medio de prueba, al órgano de prueba, al objeto de prueba y a la valorización de la prueba, elementos que se estudiarán en forma expedita a continuación comentando diversas definiciones.

(111) Colín Sánchez, ob. Cit., pag.409.

15-A.- MEDIO DE PRUEBA

Dice Carlos M. Oronoz que el medio de prueba "...es referirnos a uno de los conceptos substanciales, en virtud de que aludimos a la prueba misma, ya que con ella se dota al juzgador del conocimiento que las partes desean dotar a éste, a que se forme un juicio concreto sobre un hecho determinado..." (112)

Por su parte el maestro Manuel Baca Godoy manifiesta "...concebimos al Medio de Prueba como el modo o acto, en virtud del cual se aporta conocimiento del objeto de la prueba en el procedimiento- sigue diciendo que lo anterior- nos lleva a entender claramente que este se basa fundamentalmente en la aportación de conocimiento, lo que implica la existencia de un conocimiento frente a un sujeto que esta dispuesto a recibirlo...El modo lo comprendemos como cualquier forma de hacer patente el conocimiento por ejemplo, la escritura, figura, trazos... cuando hablamos de acto nos referimos a actividades tales como declaraciones, actuaciones, etcétera..." (113)

Hugo Alsina establece que "...Se entiende por medio de prueba el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción...La prueba se produce por algunos de los medios que la ley admite y así es motivo de prueba la declaración por un testigo veraz del hecho por el presenciado..." (114)

Para Julio Hernández Pliego "El medio de prueba, es todo aquello que es útil al juez para formar su convicción, es el instrumento que le permite alcanzar el conocimiento acerca del objeto de la prueba..." (115)

Finalmente el egregio Rivera Silva dice que: "...medio de prueba es el modo o el acto con el cual se suministra conocimiento sobre algo que se debe determinar en el proceso..." (116)

Como se desprende de las anteriores definiciones el autor Carlos M. Oronoz identifica en su concepto al medio de prueba con la prueba misma, opinión que no compartimos ya que como lo manifestamos anteriormente la parte nunca puede ser mayor al todo, y si el medio de prueba es elemento de la prueba en consecuencia no pueden ser lo mismo. Por su parte el autor Manuel Baca Godoy concibe al medio de prueba como la forma de llevar conocimiento sobre el hecho que se reputa delictuoso con todas sus circunstancias, forma que puede ser -siguiendo el---

(112) Carlos M. Oronoz, ob. Cit. Pags. 18-19.

(113) Manuel Baca Godoy, ob. Cit., pags. 48-49.

(114) Hugo Alsina, ob. Cit. Pag. 230.

(115) Julio Hernández Pliego, Pag. 177

(116) Manuel Rivera Silva, ob. Cit., pag. 189.

pensamiento de Rivera Silva- a través de un acto o de un modo; posición intelectual que explica claramente en que consiste el medio de prueba dentro del procedimiento penal. Mientras el insigne Hugo Alsina, refiriéndose exclusivamente al proceso, en virtud de que su especialidad es la materia civil y comercial, medio de prueba es a través de lo cual el juez encuentra los motivos de su convicción, pero aquí hay que manifestar que en principio el medio de prueba aporta conocimiento y solo a través de este se pueden encontrar los motivos de la convicción y en segundo lugar que la posición espiritual que se debe dar en el juzgador durante el proceso es la de certeza, para a través de ella poder aplicar la ley al caso concreto. Julio Hernández Pliego correctamente establece que el medio de prueba otorga entendimiento acerca del tema probandum, mas se reitera que la posición que debe de alcanzar el juzgador en el proceso es la de certeza, siendo oportuno manifestar que dado que el autor en comento es penalista, en nuestro concepto debió de aclarar que la convicción la adquieren tanto el Ministerio Público como el Juzgador pero este último solo en la etapa de preparación del proceso. Así dicho autor segrega igualmente al Ministerio Público de adquirir conocimiento a través de algún modo o acto. Finalmente Rivera Silva explica y delimita sencillamente el concepto de medio de prueba, ya que como medio lo califica como un puente que une a un objeto por conocer (hecho que se reputa delictuoso con todas las circunstancias que le rodean) y a un sujeto cognocente (Ministerio Público y Juzgador), permitiendo captar y comprender el tema probandum.

En virtud de lo anterior nos adherimos tanto a la definición proporcionada por el Maestro Manuel Rivera Silva como por el maestro Manuel Baca Godoy, concibiendo al medio de prueba como todo modo o acto que permite al Ministerio Público o al Juzgador adquirir conocimiento sobre si de demuestra la existencia o inexistencia de los elementos del tipo penal, así como la probable y plena responsabilidad del imputado.

15-B.- ORGANOS DE PRUEBA

Para Carlos M. Oronoz órgano de prueba es "...la persona que dota al órgano jurisdiccional del conocimiento necesario para que logre un juicio relativo sobre un hecho determinado..." (117)

Por su parte el maestro Manuel Baca Godoy concibe al órgano de prueba "...como el acto mediante el cual, la persona física, suministra conocimiento del objeto de la prueba, en las actividades inherentes del procedimiento. Del concepto propuesto, se puede observar, que manejamos el término "acto", habida cuenta, que éste es vinculatorio a un ser humano, es decir a la persona física, en segundo término, porque es una de las formas en que se proporciona conocimiento, excluyendo terminantemente al modo..." (118)

Para Julio Hernández Pliego "Órgano de prueba se denomina a la persona (inculpado, ofendido, defensor, testigo) que aporta los datos de que se vale el juez para formar su convicción..." (119)

(117) Carlos M. Oronoz, ob. Cit., pag. 18.

(118) Baca Rivera Manuel, ob. Cit., pag. 84.

(119) Hernández Pliego, Julio, ob. Cit., pag. 177.

Para Manuel Rivera Silva "...el órgano de prueba es la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, en su calidad de tal, el conocimiento del objeto de la prueba...El conocimiento puede ser aprovechado por las partes para fijar su posición, respectivamente. Hablamos de órgano jurisdiccional porque estamos vinculando la prueba a la instrucción..." (120)

Como se desprende de las anteriores definiciones se colige que algunos autores siguen segregando a los elementos de la prueba del periodo preparatorio de la Acción Procesal Penal y del periodo de preparación del proceso, en virtud de que para Carlos M. Oronoz, y Julio Hernández Pliego el órgano de prueba solo se presenta durante el proceso penal y ante el juzgador para que pueda resolver una situación jurídica, estableciendo con ello que una persona no puede aportar elementos que permitan al Ministerio Público y al Juzgador comprender y entender una determinada situación de derecho durante la averiguación previa y durante la Preinstrucción. Mientras que por su parte otros autores como Manuel Baca Godoy e implícitamente Manuel Rivera Silva establecen que el órgano de prueba considerado como la persona física que proporciona elementos que permiten conocer, entender y comprender una determinada situación jurídica para aplicar la ley a la misma, se puede presentar como institución jurídica, que lo es, a lo largo del procedimiento penal comprendiendo los diversos periodos que lo comprenden, logrando con ello colocar en su justo lugar la teoría de la prueba, ya que como concepto fundamental del procedimiento no podía quedar fuera del marco de amplitud del mismo, reduciéndolo a solamente el proceso y en relación directa únicamente con el juzgador; ya que como ha quedado establecido el órgano de prueba se presenta a lo largo del procedimiento penal como la persona física que al aportar datos en el procedimiento permitirá demostrar la existencia o la inexistencia de una determinada situación jurídica lográndolo al obtener un estado espiritual en el Ministerio Público o en el juzgador, quienes al valorizar lo que aporta ese órgano de prueba con los demás medios probatorios existentes aplicará el derecho al caso concreto.

15-C.- OBJETO DE PRUEBA

En concepto de Carlos M. Oronoz "...objeto de prueba es lo que se debe averiguar en el proceso, es decir en el tema probandum... es fundamentalmente la demostración del hecho mismo con sus circunstancias y modalidades y no necesariamente la demostración del ilícito, ya que esto se da en el proceso y por tanto éste tiene la virtud de que mediante él podemos saber si ha existido o no delito..." (121)

Establece Manuel Baca Godoy que "...se colige con sana lógica jurídica, que en el objeto de la prueba (tema probandum) lo informan el hecho que se reputa delictuoso, en términos generales, con todas, sus circunstancias..." (122)

Para Julio Hernandez "Objeto de prueba (Thema probandum) es la cuestión a demostrar. Esta cuestión puede ser cualquier hecho que trate de evidenciarse, pues sólo los hechos están sujetos a prueba..." (123)

(120) Rivera Silva, Manuel, ob. Cit., pag. 201.

(121) Carlos M. Oronoz, ob. Cit., pag. 20-22.

(122) Baca Rivera Manuel, ob. Cit., pag. 86-87.

(123) Hernández Pliego, Julio, ob. Cit., pag. 177.

Eugenio Florian (124) dice "... El objeto de prueba se puede considerar: a) como posibilidad abstracta de investigación, es decir, como lo que se puede probar en términos generales (objeto de prueba en abstracto) ; b) como posibilidad concreta de investigación, o sea, como aquello que se prueba o se debe o puede probar en relación con un determinado proceso (objeto de prueba en concreto) ...En el proceso penal el objeto de prueba puede tener tres manifestaciones fundamentales, concretarse en tres categorías: A) los elementos de hecho, ampliamente entendidos; B) las máximas o principios de la experiencia; C) las normas jurídicas..."

Como se observa el objeto de la prueba se basa en la controversia surgida entre el Estado y un particular (abstracto o concreto), litis que se configura específicamente en cada periodo procesal, ya que durante el periodo de preparación de la acción procesal penal (en donde el indiciado tiene oportunidad de ofrecer pruebas) la controversia versará sobre la posible comisión de un ilícito y la probable responsabilidad de una persona; durante la preinstrucción la controversia seguirá siendo la misma; y durante el proceso la disputa versara sobre la integración de los elementos del tipo y la responsabilidad del procesado. Debiéndose denotar que sólo los hechos están sujetos a prueba en virtud de que las normas extranjeras no se probarán en virtud de que solo se demostrara el hecho de su existencia o inexistencia. En síntesis durante el procedimiento penal se demostraran los hechos que tengan relación directa con la existencia o inexistencia de los elementos del tipo penal y la presunta o plena participación de una persona en dichos hechos integrantes de un evento incriminatorio, siendo estas situaciones jurídicas los componentes básicos de la demostración hacia la que tiende la prueba y si alguno no se demuestra no tiene razón de ser el iter del procedimiento penal.

Como se desprende del anterior razonamiento el objeto de la prueba abarcara en consecuencia una conducta o hecho que satisfaga los elementos del tipo penal (tipicidad), la antijuridicidad de la misma, la presunta responsabilidad penal del indiciado y la responsabilidad penal del procesado (culpabilidad), el daño objetivo realizado sobre el bien jurídicamente tutelado (como parte del tipo penal), las normas jurídicas extranjeras (como parte del tipo penal), con el fin de justificar la aplicación de una consecuencia de derecho al indiciado durante la averiguación previa o durante la preinstrucción o, bien, del acusado en el proceso. Siendo importante resaltar que la **PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE** en concepto del suscrito no es objeto de prueba, toda vez que dicha necesidad procedimental es indispensable como elemento de forma que es necesario recoger durante el proceso para dictar la sentencia definitiva, no configurándose en alguno de los otros momentos de la prueba como lo son la averiguación previa y la etapa de preparación del proceso.

Finalmente dentro del objeto de prueba se debe de hacer mención de la relación directa que debe de guardar con el medio probatorio que trate de demostrar dicho tema probandum, *relación a comparación de un puente que une el conocimiento de un hecho o serie de hechos con la existencia o inexistencia del objeto de la prueba;* y puente que debe de estructurarse a base de

(124) Citado por Baca Rivera, Manuel, ob. Cit., pag. 88.

la pertinencia o idoneidad y la utilidad del medio probatorio; ya que solo el medio probatorio que es pertinente puede ser el puente lógico y apropiado para lo que se intenta demostrar; y solo el medio probatorio útil permite que no se desahoguen pruebas superfluas durante el procedimiento penal, logrando con ello que con su empleo se justifique y demuestre lo que busca la prueba judicial.

15-D.- VALORIZACION DE LA PRUEBA

En un momento determinado del procedimiento penal el Ministerio Público y el Juzgador (125) tendrán que realizar uno de los actos procedimentales de vital trascendencia dentro de los fines inherentes a la prueba penal, toda vez que mediante un análisis razonado deberán realizar una doble apreciación de los diversos medios probatorios aportados al procedimiento penal; la primera consistente en establecer el grado de verdad histórica o formal que se logra obtener individualmente con cada medio probatorio respecto a la inexistencia o existencia de la especial situación jurídica sometida a su conocimiento; y la segunda respecto a la certeza que se arriba respecto a que en su conjunto los medios probatorios en forma concatenada y adminiculada demuestran y permiten afirmar como verdad histórica la existencia o la inexistencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible probable o plenamente a alguien dentro de la situación jurídica sometida a su conocimiento.

Con base en lo anterior podemos establecer que la valorización de la prueba es el momento culminante de la prueba misma, en virtud de que hasta ese momento se estará en aptitud para llegar a demostrar que en la situación sometida a la consideración del Ministerio Público o del Juzgador existe o no existe un ilícito penal así como un probable o pleno responsable. Ahora bien tal valorización requiere de una persona capacitada intelectualmente y con plena capacidad de anteponer sus valores humanos a cualquier pasión insana. Por otro lado nosotros hablamos de que en la prueba se dan situaciones en las que se debe de demostrar en concepto del órgano de decisión una *verdad histórica o formal* en la valorización de cada medio probatorio considerado individualmente, o bien una verdad histórica al valorar en su conjunto los diversos medios probatorios, en virtud de que sin entrar en disquisiciones filosóficas damos por sentado que la verdad formal es en palabras del autor Carlos M. Oronoz Santana "...la analogía que hace el hombre de ciertas cosas, que sujetas a normas considera como verdaderas..." y la verdad histórica "...la congruencia que existe entre el intelecto y una porción de la verdad total..." (126), así en consecuencia tenemos que a ciertos medios probatorios considerados en forma----

(125) El maestro Colín Sánchez a la pregunta ¿quién lleva a cabo la valorización probatoria? Contesta el juez o magistrado, el agente del Ministerio Público, el procesado y su defensor así como algunos terceros. Con ello va con lógico atino jurídico más allá de lo manifestado por nosotros, por ello resta decir en nuestra humilde defensa que tomamos como base la facultad decisoria del Representante Social y del Juzgador para determinar quién es el órgano que valora la prueba dentro del procedimiento penal. Ob. Cit., pags.426-427.

(126) Oronoz Santana, ob. Cit., pag. 123.

individual la ley penal les da la categoría de hechos verdaderos para el legislador, toda vez que les da eficacia plena (tal es el caso del cateo practicado o de la prueba documental pública) y a otros les da el valor de indicio, es decir deja que conforme al raciocinio que se haga de tal o cual instrumento probatorio se llegue a captar una porción de la realidad (prueba testimonial o bien confesional); y asimismo a los medios probatorios considerados en su conjunto la ley penal deja que el órgano de decisión pueda una vez que los concatene y adminicule llegar a captar la verdad histórica de la especial situación jurídica sometida a su conocimiento.

Considerada la valorización de la prueba en los terminos anteriormente asentados tenemos que dar por sentado en principio que todo órgano de decisión debe de valorar cada medio probatorio en forma individual y después en su conjunto, y a tal conclusión a llegado igualmente la jurisprudencia de Nuestros Máximos Tribunales, quienes manifiestan lo siguiente que se transcribe en su totalidad.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 58, Octubre de 1992

Tesis: VI.2o. J/218

Página: 56

PRUEBAS. VALORACION DE LAS. Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatoria de garantías la sentencia que, en perjuicio del reo, deja de considerar una o varias de las que podían favorecerle.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 1/89. Adrián Amaro Muñoz. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Amparo directo 76/90. Rafael Ramiro Rodríguez. 7 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 264/91. José Luis Lechuga López. 21 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 562/91. Manuela Calvario Alonso. 28 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 301/92. Enrique Jerónimo Reyes Zamorano. 25 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Néelson Loranca Ventura.

Una vez establecida la forma en que la autoridad judicial debe de valorar los diferentes medios probatorios sujetos a su conocimiento, habrá de establecerse de conformidad con los sistemas de valoración comúnmente aceptados por la doctrina, a cual de los mismos se adecua el sistema establecido por el Derecho de Procedimientos Penales Mexicano.

Tenemos que respecto a la dosis de libertad que se le otorga al juzgador respecto a la forma en que podrá valorar los distintos medios probatorios, se encuentran: a) El Sistema Libre consistente en la libertad que se le otorga al juzgador para que aprecie los instrumentos probatorios de acuerdo a las reglas de la lógica y de la experiencia, estableciendo los motivos que le permitan llegar a tener por demostrada, tal o cual situación jurídica; b) El Sistema Tasado que se sustenta en la verdad formal, toda vez que el juzgador se debe de sujetar al valor que el legislador le otorga en forma prefijada a los medios probatorios; y c) El Sistema Mixto que es una combinación de los anteriores sistemas probatorios en donde a ciertos medios probatorios el juzgador debe de darles el valor prefijado por el legislador y a otros debe de darles el valor que le dicte su conciencia.

Así en virtud de lo anterior podemos establecer desde nuestro particular punto de vista que en los Estados Unidos Mexicanos existe una forma sui generis de valoración probatoria, toda vez que si nosotros establecimos que en el momento culminante de la prueba el órgano de decisión debe de realizar una doble apreciación probatoria, la primera respecto a cada medio probatorio considerado en su individualidad y la segunda en relación con todos y cada uno de los instrumentos probatorios considerados en su conjunto. En consecuencia existen las siguientes formas de valorar los medios probatorios en el Sistema Jurídico penal Mexicano:

a) Sistema Legal al momento en que el órgano de decisión valora cada instrumento probatorio en forma individual, toda vez que a ciertos instrumentos probatorios les deberá de dar el rango de prueba plena (artículos 280 y 284 del CFPP), y a otros les deberá otorgar el grado de indicios (artículos 285, 288 del CFPP). Por supuesto hay que tomar en cuenta que bien puede un documento público o un cateo no reunir los elementos necesarios para considerarse como prueba plena pero ello no es impedimento para considerarlos como indicios.

b) Sistema Libre en el instante en que tanto el Ministerio Público como el Juzgador valoran en su conjunto los diversos medios probatorios toda vez que en principio deberán valorar en su conjunto los instrumentos probatorios considerados como indicios para determinar si forman prueba plena- (PRUEBA PRESUNCIONAL O INDICIARIA) por supuesto que en estos casos el juzgador deberá clasificar los indicios respecto de la especial porción de la realidad que intentan demostrar (artículo 286 del CFPP); y posteriormente valoraran la idoneidad de esa prueba plena formada con los distintos indicios probatorios, en relación con los distintos medios probatorios considerados como prueba plena por el legislador para con ello lograr exponer en forma razonada que en su concepto se demuestra la existencia o inexistencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible en forma probable o plena a una persona, dentro de la especial situación jurídica sometida al conocimiento del órgano de decisión (artículo 290 del CFPP).

Para finalizar surge la pregunta ¿ acaso en México existe el sistema de valoración probatoria mixto? A ello contestamos en forma negativa, en virtud de que si como manifestamos en su momento nosotros no identificamos la prueba con el medio probatorio, entonces no podemos basarnos solamente en una valoración individual de los medios probatorios para determinar el sistema vigente en el Estado Mexicano. Asimismo si en concepto de nosotros son dos momentos de valoración los que se realizan al valorar los distintos medios probatorios desahogados en un procedimiento penal, entonces es lógico que cada uno tenga su especial forma de realizarse a través del órgano de decisión. Pero si tomamos en cuenta el fin primordial de la prueba que lo es la demostración de la existencia o inexistencia de una especial situación jurídica en consecuencia debemos concluir que en México existe el sistema de libre valoración.

16.- MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS POR LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Como es conocido la LFDO al crear lo que se denomina un nuevo orden penal, introduce dentro de su regulación normativa diversos medios probatorios que se encuentran encaminados a la búsqueda, comprobación y demostración de los elementos del tipo penal de delincuencia organizada y la presunta y plena responsabilidad de sus autores. Elementos probatorios que se hallan regulados en forma poco ortodoxa en virtud de que algunos solo se mencionan sin guardar un enlace lógico que los aglutine en una secuencia procedimental lógica, puesto que no existe dentro de la LFDO un capítulo especial relativo a los específicos medio probatorios con los que cuenta la autoridad competente para incoar un procedimiento penal a una persona. Asimismo como se había mencionado con anterioridad la prueba busca demostrar una especial situación jurídica y para ello se basa en la realización, resultado y apreciación de determinados medios de prueba, así cuando la realización de determinado instrumento probatorio esta encomendada a la autoridad competente, entonces se llaman comúnmente como reglas de investigación; y al tenerse el resultado de su realización ya configuran un verdadero instrumento probatorio que puede ser objetado o puesto a duda por la persona interesada que en la mayoría de los casos será el indiciado o procesado. Como se desprende de lo anterior en el capítulo respectivo al Periodo de Preparación de la Acción Procesal Penal estudiamos los medios probatorios como reglas de investigación en virtud de que solo nos referimos a los requisitos que debe de observar la autoridad competente para su realización y a continuación nos referiremos a esos medios probatorios, regulados especialmente por la LFDO como el resultado de la realización de los mismos, para posteriormente analizar el valor probatorio que se les debe de otorgar a los mismos.

16-A.- RESULTADOS DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACION BANCARIA, FINANCIERA Y FISCAL.

El anterior medio probatorio tiene su fundamento lógico en la conocida circunstancia de que las redes del crimen organizado se extienden hasta los más altos niveles de la administración pública, tanto centralizada como descentralizada, y en el caso específico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se columbra con mayor nitidez la necesidad de obtener cierta información que suministre conocimiento sobre una especial situación patrimonial de una persona sujeta a investigación para con ello poder en su momento determinar si existe congruencia entre los ingresos que percibe y los egresos que genera en su vida pública-económica, así como la forma en que ha cumplido con sus obligaciones tributarias en el caso de los requerimientos de información fiscal, dichos resultados, mientras la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas pertenezcan en su manejo al Estado formaran prueba plena para los fines del procedimiento penal donde se presenten en términos del artículo 280 del CFPP, aplicado en forma supletoria a la LFDO.

Con base en lo anterior conceptuamos este medio de prueba como el instrumento por virtud del cual una institución bancaria, financiera y/o fiscal en el ámbito de su competencia hace constar y saber al Estado por conducto del Ministerio Público o del Juzgador el estado de la esfera patrimonial de una o varias determinadas personas.

16-B.- RESULTADOS DE LA INFILTRACION DE AGENTES JUDICIALES A LAS REDES DEL CRIMEN ORGANIZADO.

Como fundamento lógico de este medio probatorio se encuentra la expresa intención del legislador de investigar las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación del crimen organizado, conocimiento que debido a la lealtad que deben profesarse los integrantes de la Banda Delictiva no se lograría, sino a través de un valiente espía policiaco que deba hacerse pasar por fiel servidor de la delincuencia organizada, introduciéndose en el subterráneo mundo del hampa para adquirir el conocimiento suficiente de los datos requeridos por el propio legislador, pero ¿ por qué la necesidad de que se recaben tales datos, por parte del legislador? Pues a nuestro juicio la finalidad se localiza en el espíritu del artículo 41 de la LFDO en donde se establece que:

“...Las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionadas con los delitos a que se refiere esta Ley.

La sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada...”

Así una vez que se conozca por parte del funcionario competente las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación aunado al reconocimiento judicial de una empresa delictiva se podrá investigar y procesar con mayor rapidez a los integrantes de tal organización criminal, mas ¿ quién o quiénes serán las temerarias personas que aceptan la misión que les encomienda la autoridad investigadora? O bien ¿ hasta que punto se podrá guardar estricto secreto respecto a la verdadera personalidad del Agente Judicial Infiltrado al crimen organizado? Por supuesto que tales cuestiones se refieren al ser de las cosas y no al deber ser que impera en toda institución jurídica, mas no por ello deben de dejar de preguntarse puesto que una norma ineficaz se convierte con el tiempo en una norma tácitamente no vigente. Queda por decir que dicho medio probatorio dará dolores de cabeza al poder judicial ya que deberá ser valorado, en su caso, en términos del artículo 285 y 289 del CFPP aplicado supletoriamente a la LFDO, es decir como mero indicio y tomando en consideración respecto del agente infiltrado: a) Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto; b) Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad; c) Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro; d) Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y e) Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. En cuanto a si el agente infiltrado presenta diversas documentales las mismas se valoraran dependiendo de su naturaleza,

Con base en las anteriores consideraciones entendemos por este medio probatorio a la aportación de datos que en cualquier forma de comunicación realiza un Agente Judicial Competente ante el Ministerio Público o el Juezador respecto a lo que le consta de una organización delictiva de la cual fue miembro por ordenes superiores con el fin de investigarla.

16-C.- EL TESTIMONIO NEGOCIADO

Se desprende de los artículos 35 y 36 de la LFDO la innovación de una institución denominada negociación criminal, misma que configura lo que nosotros denominaremos confesión con testimonio negociado. Negociación que como instrumento probatorio dentro de la LFDO es eficaz en contra del crimen organizado; y cuya valoración dependiera de dos supuestos: la autoinculpación del colaborador y la proporción de datos y elementos que permitan incriminar a otros sujetos de la delincuencia organizada. Sin embargo como ya lo mencionamos en su momento en la práctica se darán los siguientes problemas : a) el Ministerio Público y el juez se enfrentarán a la delicada cuestión de valorar el testimonio del colaborador, apoyándose para ello por supletoriedad en el artículo 289 del CFPP ; b) al colaborador solo se le exigirá que proporcione pruebas relativas a la organización delictuosa de la que es participe o bien que suministre pruebas relativas a otro tipo de crimen organizada en el cual no participe ; y c) el perdón de las penas abarca tanto la pena por crimen organizado como la pena por los delitos específicos previstos por la LFDO.

Así en este orden de ideas y con base en los artículos 35 y 36 de la LFDO es pertinente establecer que dichos numerales establecen:

“ El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona ;
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador este implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;
- III. Cuando durante el proceso penal el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad; y
- IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta...”

Independientemente de que como lo mencionamos en su momento es criticable la facultad del Ministerio Público (además de la del juzgador) sobre la facultad secundaria de realizar beneficios a favor de personas involucradas con hechos delictivos hay que decir igualmente la antinomia que guarda este artículo con el numeral 36 que establece una regla específica que se aplicara en el caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación del colaborador y que involucren al mismo en el delito de delincuencia organizada, en cuyo supuesto para negociar las

benevolencias penales el colaborador debe suministrar información que corroborada con otros indicios de prueba sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador. Nótese que se pide la detención y el procesamiento de individuos de mayor peligrosidad (criterio subjetivo) o jerarquía que el colaborador; es decir que permitan aprehender al miembro del crimen organizado hasta el dictado del auto de formal prisión. Ambos numerales que en su momento provocaran tremendos esfuerzos de interpretación para los juristas y jueces, y mucho más si se toma en cuenta la estrecha relación que debe de guardar su valoración con el numeral 289 del CFPP, y toda vez que en términos del artículo 285 del CFPP dicho instrumento probatorio constituye un mero indicio.

En virtud de lo anteriormente expuesto es de concluirse que nosotros entendemos por este medio probatorio al órgano de prueba que aporta a través de un acto conocimiento respecto de lo que se intenta descubrir en el procedimiento penal.

16-D.- LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES.

Como fundamento lógico de este medio probatorio se establece el hecho de que en virtud de que si el legislador en el artículo 41 de la LFDO establece la facultad de poder utilizar las pruebas desahogadas en un proceso para la persecución de la delincuencia organizada en diverso procedimiento penal, es porque tomo en consideración el hecho de que independientemente de que la sentencia definitiva sea absolutoria, las pruebas admitidas en el proceso, sean desahogadas o no, pueden ser utilizadas para diverso procedimiento penal en contra de la delincuencia organizada; hecho diverso a la hipótesis prevista en el párrafo tercero del numeral mencionado y referente a la sentencia judicial irrevocable. El fin de tal disposición, sin lugar a dudas es combatir con todo instrumento disponible para el Estado al crimen organizado, y por ello en términos del artículo 41 segundo párrafo de la LFDO en relación directa con el numeral 280 del CFPP aplicado supletoriamente tal instrumento probatorio forma prueba plena respecto de lo que se pretende demostrar en el procedimiento penal.

En virtud de lo anterior podemos conceptualizar a este medio probatorio como el documento en cual se hace constar por la autoridad judicial aquellas pruebas admitidas en un proceso penal, relativas a la Delincuencia Organizada, y utilizado por el Estado a través del Ministerio Público en un procedimiento penal diverso al de su origen.

16-E.- RESULTADOS DE LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

En virtud de que es innecesario reiterar los requisitos que debe de guardar la autorización, desarrollo y finalización de la intervención de comunicaciones privadas, solo es menester manifestar que como instrumento de prueba este medio probatorio proporcionara al juzgador, en caso de estar conforme a derecho, un poderoso artefacto para construir su razonamiento lógico jurídico tendiente a llegar a la certeza sobre la situación jurídica relativa a la Delincuencia Organizada, es decir sobre que efectivamente se acreditan los extremos previstos en la ley para crear una norma jurídica individualizada, sin embargo hay que decir igualmente que al no establecerse por parte de la LFDO que dicho instrumento probatorio formaría prueba plena cumpliéndose con los requisitos exigidos por dicho cuerpo normativo en consecuencia se acude en supletoriedad al CFPP, de donde se colige que dicho medio probatorio solo tiene en el

procedimiento penal la calidad de indicio tal y como se desprende de los artículos 285 y 288 de dicho ordenamiento legal.

Una vez establecido lo anterior resta por manifestar que en nuestro concepto entendemos por dicho medio probatorio como el instrumento en que se hace constar el inicio, desarrollo y resultado de la captación por parte de las autoridades competentes de los mensajes lingüísticos que se realizan uno o varios emisores con uno o varios receptores a través de uno a varios medios de transmisión de signos lingüísticos y que tienen relación con el evento incriminatorio con el que se encuentran inmiscuidos.

16-F.- RESULTADOS DE LA ORDEN DE CATEO.

Como medio probatorio establecido en la LFDO la orden de cateo así como el resultado que arroje la misma proporciona un poderoso instrumento para demostrar la existencia de la situación jurídica que se busca dilucidar, esto es que existe delincuencia organizada en un caso concreto y que se tiene a sus comisores prestos para hacer recaer sobre ellos la norma jurídica individualizada, toda vez que dicho instrumento de prueba hace prueba plena siempre y cuando se practique con los requisitos legales, según se desprende del artículo 284 del CFPP, aplicado supletoriamente al crimen organizado, siendo su fundamento lógico el sencillo hecho de que al realizarse se inspecciona el lugar que tiene estrecha relación con los autores del delito y sobre todo que en dicho lugar se encuentran los instrumentos u objetos que se buscaban por parte de la autoridad competente para acreditar los extremos de la figura delictiva y la probable o plena responsabilidad de sus autores, todo ello quedando por supuesto plasmado en una acta circunstanciada.

Con base en lo anterior podemos definir dicho medio probatorio como el instrumento en el que se hace constar en forma circunstanciada el lugar que se inspecciona, en su caso las personas que se aprehendieron y los objetos que se encontraron en dicho lugar ambos extremos teniendo relación con el evento incriminatorio sujeto a valoración judicial.

16-G.- LA SENTENCIA JUDICIAL IRREVOCABLE.

Medio probatorio específico de reciente creación y que constituye a modo de semejanza el acta constitutiva de una organización criminal, puesto que la misma autoridad le reconoce existencia en el mundo fáctico, por supuesto que sin reconocerle personalidad jurídica, mas dicho instrumento probatorio establece que una vez que exista sentencia judicial irrevocable, lo que únicamente se comprobará durante al secuela del procedimiento que se le incoe a una persona es la presunta o bien, plena culpabilidad del indiciado o procesado; a quién solo se le demostrará que está vinculado con la organización delictiva reconocida por la autoridad judicial para que sea investigado y procesado. Por supuesto que dicho vínculo tiene que ir aparejado con los fines y delitos a que va unido el tipo penal del crimen organizado. Habrá que decir que de lo establecido por el artículo 41 de la LFDO en relación directa y lógica con el numeral 280 del CFPP aplicado supletoriamente a dicho cuerpo normativo el presente medio probatorio formara prueba plena respecto de la existencia de la organización criminal en cualquier otro procedimiento.

En nuestra opinión este medio de prueba es el instrumento judicial en que se hace constar en forma fehaciente y firme la existencia de una organización delictiva determinada.

Queda por resolver a la práctica judicial que sucedería en el caso de que un amparo en contra de la sentencia ejecutoriada que reconoce la existencia de una organización criminal se concediera liso y llano, acaso ¿seguirían los procesos iniciados en contra de las personas que se presumen vinculadas con la institución del crimen?

16-H.- LA PRUEBA PRESUNCIONAL

Establece la LFDO en su artículo 41 párrafo primero que: “ Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar en su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca...”

Como se desprende de lo anterior dicha prueba se basa en una serie de indicios conocidos que permiten presumir fundadamente la existencia de otro hecho no conocido hasta ese momento, para ello debe de existir un nexo entre los diversos indicios y una relación entre la verdad que se busca descubrir y la conocida por dichos indicios. La verdad por descubrir se debe de desvelar mediante prueba plena que sea configurada por los distintos indicios desahogados en el procedimiento penal, configurándose la denominada prueba plena circunstancial, por ello lo indispensable de la relación y nexo entre los diversos indicios con la verdad por descubrir. Este medio probatorio considerado prueba indirecta por que no se aprehende directamente sino a través de un lógico raciocinio ha sido estupendamente explicado por Nuestros Máximos Tribunales quienes manifiestan en las jurisprudencias que se transcriben a continuación, lo siguiente:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXIII, Segunda Parte

Página: 30

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACION DE LA. Para la constitución de prueba plena, no es indispensable la existencia de datos que directamente demuestren el hecho delictivo, sino que también se configura con un conjunto de indicios que, globalmente apreciados, evidencien el hecho, integrándose, en tal hipótesis, la prueba plena circunstancial; pero si de los indicios constantes en autos no se llega a la certeza de que el reo haya participado en el delito que se le imputa, se impone la absolución, por insuficiencia de pruebas, para establecer el juicio de culpabilidad.

Amparo directo 5936/62. Rafael Hernández Francisco. 21 de noviembre de 1966. Mayoría de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Sostienen la misma tesis: Amparo directo 5218/66. Benito Robles Villalón. 21 de noviembre de 1966. 5 votos. Ponente Manuel Rivera Silva. Volumen XII, Segunda Parte, pág. 78. Amparo directo 3541/57. Severo Hernández García. 18 de junio de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen LVII, Segunda Parte, pág. 56. Amparo directo 4155/60. Aurelio Morales Cárdenas. 2 de marzo de 1962. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Véase: Jurisprudencia No. 233. Apéndice 1917 1965, Segunda parte, pág. 476.

Novena Epoca
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo: V, Junio de 1997
 Tesis: 1a./J. 23/97
 Página: 223

PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión.

Contradicción de tesis 48/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 28 de mayo de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benitez Pimienta.

Tesis de jurisprudencia 23/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

17.- VALOR DE LA PRUEBA EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Se establece en el título tercero de la LFDO, en su capítulo único, Las Reglas para la Valoración de la Prueba y del Proceso, estableciéndose en los dos artículos que lo componen lo siguiente:

“Artículo 40.- Para efectos de la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado, el juez valorará prudentemente la imputación que hagan los diversos participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa.

Artículo 41.- Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar en su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca.

Las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionadas con los delitos a que se refiere esta Ley.

La sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento por lo que únicamente sería necesario probar la

vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.”

Como consecuencia de lo anterior hay que establecer que igualmente en materia de delincuencia organizada se dan los dos momentos de apreciación para el órgano de decisión, y por tanto existe una valoración legal y otra libre para los medios probatorios considerados en su conjunto. El valor de cada instrumento probatorio ya quedo establecida al estudiarlos con anterioridad en forma singular, pero quedan por hacer los siguientes comentarios:

a) En ciertas ocasiones, dentro de un procedimiento penal ya no será necesario que se acrediten los elementos del tipo penal de delincuencia organizada, en virtud de existir como prueba plena respecto de la existencia de una organización delictiva la sentencia judicial irrevocable y por tanto solo el fin del procedimiento penal será solo demostrar la vinculación culpable en forma probable o plena de una persona a dicha organización, presumiéndose ya la existencia de una conducta típica y antijurídica.

b) El órgano de decisión deberá exponer especialmente los razonamientos que haya tenido para otorgar valor probatorio a las diversas imputaciones que hagan los diversos participantes en el evento incriminatorio y demás personas involucradas en la averiguación previa, ello como consecuencia lógica de lo establecido en el artículo 40 de la LFDO, al decirse “...el juez valorará prudentemente...” y en virtud de la existencia en la Ley del testimonio negociado, que como ya dijimos dará graves problemas al órgano de decisión al deber acatar la disposición contemplada en el artículo 289 del CFPP.

c) Siempre, independientemente de lo anterior, el órgano de decisión en materia de crimen organizado deberá al momento de valorar en su conjunto los distintos medios probatorios, utilizar en principio la prueba presuncional respecto de los considerados como indicios y en segundo término al tener o no tener por demostrada una o varias pruebas plenas circunstanciales, relacionarlas en forma lógica y razonada con los medios probatorios considerados como prueba plena para con ello tener por demostrado con convicción o certeza que en el caso concreto sometido a su conocimiento se acredita una conducta típica de delincuencia organizada, la cual es antijurídica y atribuible en forma probable o plena a varias personas o, a una sola en el caso de que exista prueba plena de la existencia de una organización criminal y solo reste acreditar la vinculación de esa sola persona con dicha institución delictiva.

18.- LA INSTRUCCIÓN PENAL

Una vez que se dicto el auto de término constitucional ya bien de sujeción a proceso o bien, como en el caso de la delincuencia organizada, de formal prisión inicia el periodo de la instrucción dentro del periodo del proceso. Fase durante la cual como su mismo nombre lo dice el juez se instruirá respecto de la situación jurídica sometida a su conocimiento y la cual hasta el dictado del Auto de Término Constitucional le ha producido en su concepto la convicción de contener una conducta o hecho que acredita los elementos de alguno o algunos de los tipos penales previstos en el CP, o bien en tratándose de delincuencia organizada el tipo penal establecido en la LFDO, así como su propia antijuridicidad y la probable responsabilidad de o de sus autores, motivo por el cual iniciara un proceso para determinar en el momento procedimental oportuno si individualiza la norma jurídica aplicable al caso, es decir enlaza el supuesto jurídico con la consecuencia de ley.

Como consecuencia de lo anterior para lograr obtener el conocimiento de la situación jurídica sometida junto con su autor a proceso, se necesitara que se ofrezcan medios probatorios que una vez admitidos, desahogados y valorados en su conjunto permitirán obtener un estado espiritual que conduzca a establecer la verdad formal sobre la situación jurídica es decir si judicialmente se tiene como verdadero que una conducta o hecho se adecuo a los elementos de algún tipo penal, si dicha conducta o hecho son antijurídicos y sobre todo si quien se consideraba su probable autor ahora se le conceptúa como plenamente responsable de dicha conducta o hecho (por supuesto tomando en consideración las diversas hipótesis del artículo 13 del CP).

Ahora bien, en materia federal que es el fuero dentro del cual nos colocamos para poder estudiar el fenómeno procedimental en materia de delincuencia organizada, se instituyen diversas formas de llevar a cabo un proceso, mismo que por disposición de los artículos 146 al 152 y 294, 295 y del 305 al 307 del CFPP puede adoptar las siguientes configuraciones:

1.- SUMARISIMO.- En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de la libertad.

En este caso el juzgador al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario. Procurando cerrar la instrucción dentro de **QUINCE DIAS**. Y una vez que declare cerrada la instrucción citará para la audiencia de vista en la cual el Ministerio Público y el procesado presentarán sus conclusiones (como única crítica debe decirse que este tipo de proceso no establece el plazo dentro del cual se debe de realizar la audiencia de vista).

Si son de acusación las conclusiones presentadas por la Representación Social, en la audiencia de vista este, el Juzgador y la Defensa podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar el día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez. Se dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes a ésta.

Finalmente si las conclusiones son de no acusación el juez o tribunal las enviará con el proceso al Procurador General de la República, quien por sí o por conducto del Subprocurador que corresponda, oírá el parecer de los funcionarios que deban emitirlo y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá, si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si transcurrido este plazo no se recibe respuesta de dichos funcionarios, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas como no acusatorias.

2.- SUMARIO.- Se abrirá cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, y dándose cualquiera de los casos siguientes: a) Se trate de delito flagrante; b) Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la

rendida ante el Ministerio Público; o c) Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

En este caso el juzgador al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura de dicho procedimiento en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de TREINTA DIAS. Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia de vista, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, en la cual se observaran las formalidades establecidas con anterioridad para el proceso sumarísimo.

3.- EXPEDITO A PETICION DE LAS PARTES.- Se realizará en cualquier caso en que en el acto o dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso las partes manifiesten que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad.

En este caso si el juzgador no estima necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia de vista en la que se observaran las formalidades precitadas con antelación. Como única crítica debe decirse que este tipo de proceso no establece el plazo dentro del cual se debe de realizar la audiencia de vista.

Como se desprende con sana lógica jurídica, la expresión establecida en el último párrafo del artículo 152 del CFPP que establece que: "...El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario..." debe de entenderse aplicable solo al proceso sumarísimo y al sumario.

4.- ORDINARIO.- Se da, por exclusión, en los casos no previstos con anterioridad salvo lo relativo al proceso expedito a petición de las partes, siendo su finalidad establecer una especial tramitación de aquellas situaciones jurídicas graves y complicadas en su demostración, requiriéndose por ende de amplios términos que permitan al procesado desplegar una defensa adecuada o idónea para el evento inculpativo que se le imputa.

En esta hipótesis el juzgador una vez que hayan transcurridos los plazos de DIEZ MESES si existe auto de formal prisión y el delito por el cual se sigue la causa tiene señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión; o de TRES MESES si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o si se hubiere dictado auto de sujeción a proceso; o cuando considere AGOTADA LA INSTRUCCIÓN lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de prueba.

Si así lo considera el juez podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más. Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose dictado el auto que declaro agotada la instrucción, hubiesen transcurridos los plazos otorgados o las partes hubieran renunciado a ellos.

De los anteriores procesos que se dan en materia federal solo el ordinario por regla general será el aplicable en materia de delincuencia organizada en virtud de que la penalidad establecida para este ilícito en la LFDO no se adecua a las dos primeras hipótesis del artículo 152

del CFPP, así aplicando supletoriamente este último cuerpo de normas una vez dictado el Auto de Formal Prisión al autor o a los autores de una conducta o conductas adecuadas al tipo penal de delincuencia organizada, se iniciara por el juzgado federal competente *Proceso Ordinario* en contra de dicho procesado o procesados. O bien a via de excepción si se surten las hipótesis del inciso c) del numeral 152 de la Ley Adjetiva Federal en materia penal se podrá configurar el proceso expedito a petición de las partes (como así lo hemos denominado) en tratándose del crimen organizado.

“...el acto de dictar una sentencia no consiste ni exclusiva ni sustancialmente en una operación deductiva- de lógica tradicional-. Frecuentemente, lo que de hecho hace el juez no es eso- a Dios gracias, por que si lo hiciese, o cuando lo hiciese, el resultado en muchos casos sería lamentable-. Consiguientemente. Se dice que el juez no debe inspirarse primordialmente en la lógica tradicional, sino en consideraciones de otro tipo, por ejemplo, en la búsqueda de la solución justa del caso singular...”

LUIS RECASENS SICHES (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, pags. 29-30)

CAPITULO QUINTO

PERIODO PREPARATORIO DEL JUICIO Y LA SENTENCIA JUDICIAL

19.- CONCLUSIONES

A modo de advertencia habrá que establecer que en virtud de que nuestro trabajo se encuentra relacionado con la delincuencia organizada y toda vez que la legislación aplicable en forma supletoria es el CFPP, en consecuencia estudiaremos este capítulo a la luz de la Legislación Federal.

Guillermo Colín establece que “...Gramaticalmente la palabra conclusión, procede del verbo concluir; o sea, llegar a determinado resultado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico: las conclusiones, son actos procedimentales realizados por el agente del Ministerio Público, y después, por el defensor, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará la audiencia final, y en otros, para que el agente del Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso...” (127)

(127) Colín Sánchez, ob. Cit, pag. 553.

Para Julio Hernández Pliego "...Las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo el material probatorio existente en la causa, precisan frente al juez, su propia posición y pretensiones en el proceso..." (128)

Por su parte Manuel Rivera Silva establece "...después de la fase instructora se inicia el periodo de preparación del juicio, principiando este con el auto que declara cerrada la instrucción, dando fin con el que da por formuladas las conclusiones...Por lo que toca al Ministerio Público su fijación provoca la culminación del ejercicio de la acción penal, o sea, del desenvolvimiento de la propia acción- ya que - Si por acción procesal penal se entiende el excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, es indudable que esta excitación se precisa, con toda exactitud, en el momento en que la acción procesal penal llega a su posición cenital: cuando el Ministerio Público formula conclusiones..." (129)

Javier Piña y Palacios establece "...Conclusión- Poner fin a una situación- CONCLUIR es llegar a determinado resultado. Llegar a determinada conclusión es el acto mediante el cual se pone término a una cuestión, proponiendo la resolución de la misma o su solución. DEFINICION DE CONCLUSIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO.- Acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructorios y sirviéndose de ellos, fijan sus respectivas situaciones con relación al debate que va a plantearse. ORIGEN DE LAS CONCLUSIONES.- El origen de las Conclusiones está en la acción penal, o mejor dicho en los actos que modifican el curso del ejercicio de la acción penal o que lo suspenden, de tal manera que puede concluirse que el origen de las conclusiones está en los actos instructorios, condicionados al ejercicio de la acción penal. Para determinar si en efecto el origen de las conclusiones está en esos actos, habrá que examinar los tres casos que se presentan, o sea los de Conclusiones acusatorias, los de Conclusiones no acusatorias y los de las Conclusiones de la defensa. OBJETO DE LAS CONCLUSIONES.- Las conclusiones tienen por objeto el que las partes puedan expresar en forma concreta, el resultado del análisis que han hecho de los actos instructorios determinando cuál va a ser la posición que van a adoptar para el juicio..." (130)

El CFPP establece que cerrada la instrucción, se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito, y una vez que las mismas cumplan con los requisitos que disponen los artículos 291 a 295 del ordenamiento jurídico invocado si son acusatorias se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al otorgado al Ministerio Público contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes.

(128) Hernández Pliego, Julio, ob. Cit. Pag. 236.

(129) Rivera Silva, Manuel, ob. Cit. Pags. 291-292.

(130) Piña y Palacios Javier, ob. Cit. Pag. 184.

Como se desprende de lo anterior las conclusiones son el acto procesal por virtud del cual las partes con base en el estudio del material probatorio que obra en el procedimiento penal, llegan a la certeza de la existencia o inexistencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible a alguien, afirmando procedente la absolución o una sanción, que en su caso tendrá atenuantes o agravantes, para él o los autores, haciéndole saber dicho resultado y posición al juzgador.

Resta decir que en nuestra opinión las conclusiones que presenta el Estado por conducto del Ministerio Público son sin lugar a dudas el momento culminante de la acción procesal penal o función persecutoria del Estado, misma que dependiendo del caso concreto se puede elevar y reafirmar con la expresión de agravios en Segunda Instancia. Finalmente en materia de delincuencia organizada no se altera esta convicción jurídica.

19-A.- CONCLUSIONES DE LA REPRESENTACION SOCIAL

La legislación procedimental en materia penal, establece como hipótesis normativas para el Ministerio Público una vez que ha realizado un estudio minucioso y metódico de lo que se encuentra desahogado en los autos de la partida penal sujeta a su conocimiento, y que son llegar a tres posiciones respecto del procedimiento penal sometido a su conocimiento que pueden ser: a) Formular conclusiones acusatorias en contra de el procesado, denominado en adelante acusado; b) Establecer conclusiones no acusatorias en contra del quien fue sometido a un proceso penal; o, c) No formular conclusiones en relación con el o los procesados.

Los dos primeros supuestos jurídicos deben en su contenido y forma respetar los siguientes requisitos establecidos en la legislación procesal aplicable, mismos que son: a) Ser por escrito; b) Hacer una breve exposición de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado; c) Proponer las cuestiones de derecho que se presenten; d) Citar las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables; y e) Precisar si ha lugar a acusar o a no acusar.

Los anteriores requisitos jurídicos para que el Ministerio Público formule conclusiones ya acusatorias, o no acusatorias deben ser estudiados como un todo sin que sea necesario guardar un orden en su desarrollo, en virtud de que al tener que ser estudiadas en su integridad dichas conclusiones bien puede observarse que los mencionados requisitos se encuentran satisfechos plenamente en ciertos casos a pesar de que no guardan la debida estructuración y orden; sirve de apoyo a lo anterior la siguiente jurisprudencia emitida por Nuestros Máximos Tribunales que se transcribe a continuación:

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Mayo de 1996

Tesis: I.2o.P. J/2

Página: 481

CONCLUSIONES ACUSATORIAS. EL PEDIMENTO DEL MINISTERIO PUBLICO DEBE SER CONSIDERADO EN SU INTEGRIDAD. Los artículos 316 y 317 del Código

de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señalan los requisitos que debe reunir el escrito de conclusiones del Ministerio Público, pero no prevén el lugar exacto en donde el órgano acusador tenga que exponer los razonamientos adecuados para sostener que están demostradas las calificativas que concurren en la comisión del delito, por lo cual basta se realice el análisis lógico-jurídico en el texto del pedimento para que la autoridad judicial atienda a la solicitud del representante social, puesto que el escrito conducente se debe observar como un todo unitario.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 76/88. Gerardo Martínez Barrios. 26 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Angeles.

Amparo directo 1378/91. José Juan Cruz Casillas. 16 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia en funciones de Magistrado por ministerio de ley. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 1252/92. Luis Mendoza Díaz. 10 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzi.

Amparo directo 1325/92. Ramón Toledo Martínez. 14 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Rafael Remes Ojeda.

Amparo directo 342/96. Luis Rodolfo Villa Zendejas. 30 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretaria: Hermila Berber Pérez.

En la hipótesis de que el Ministerio Público formule conclusiones acusatorias deberá fijar en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado, solicitar se apliquen las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, y citar las leyes y jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad, así como las circunstancias que deban tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida (artículo 293 del CFPP y numerales 51 y 52 del CP)

Ahora bien colocándonos dentro del supuesto de que el Ministerio Público formule conclusiones **NO ACUSATORIAS**-. Mismas que se presumen por disposición legal como aquellas en las que no se concrete la pretensión punitiva, o bien ejercitándose la pretensión punitiva se omite acusar por algún delito expresado en el auto de formal prisión o a persona respecto de quien se abrió el proceso-, entonces el Juzgador las enviará con el proceso (procedimiento) al Procurador General de la República, para que el mismo o el Subprocurador que corresponda oigan el parecer de los funcionarios que deban emitirlo y dentro del los diez días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá, si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si transcurrido este plazo no se recibe respuesta de los funcionarios primeramente mencionados, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas. (artículo 295 del CFPP)

Finalmente en el supuesto de que Ministerio Público no presente conclusiones en el plazo de diez días, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se le haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan. Transcurridos los plazos mencionados el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad (artículo 291)

Las anteriores hipótesis pueden darse igualmente en materia de delincuencia organizada, en virtud de la aplicación supletoria del CFPP y de la falta de regla especial establecida en la LFDO.

19-B.- CONCLUSIONES DE LA DEFENSA

Si el Ministerio Público formulo conclusiones acusatorias se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, para que en el término de diez días contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes. En el caso de que los acusados fueren varios, el término será común para todos. Asimismo si las conclusiones acusatorias definitivas se refieren a delito cuya punibilidad no señale pena de prisión o la señale alternativa con otra no privativa de libertad, el juez pondrá en inmediata libertad al acusado. Así con base en lo anterior el acusado o su defensor pueden adoptar dos posiciones una vez que se les de a conocer las conclusiones acusatorias emitidas por la representación social: a) Contestar las conclusiones del Ministerio Público y formular las conclusiones que crean convenientes; y b) No formular conclusiones.

En el primero de los supuestos mencionados con anterioridad hay que manifestar la bipolaridad del acto procesal que realiza el defensor o el acusado respecto de las conclusiones presentadas por el órgano persecutor del Estado, ya que interpretando con puridad el precepto que contiene tal determinación (artículo 296 del CFPP) se debe de concluir que como primer aspecto se debe de combatir la conclusión a la que llegó el Ministerio Público. Es más ¿ qué impide que se adhiera a dicha conclusión? Nada. Y en segundo lugar formular a su vez conclusiones respecto a la posición que adopte una vez que analice el material probatorio desahogado en el procedimiento penal.

Finalmente en el caso de que no presenten conclusiones en el plazo establecido de diez días, tanto el acusado como el defensor, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

20.- LA AUDIENCIA DE VISTA

El mismo día en que el acusado o su defensor presenten sus conclusiones, o cuando se les tenga presuntamente formulando las de inculpabilidad, en tratándose de proceso ordinario, se citará por parte del Juzgador a una audiencia que deberá de efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia que se denomina de vista, produce los efectos de citación para sentencia.

En los procesos sumarios que se analizaron en el capítulo anterior la audiencia de vista comenzara con la presentación del Ministerio Público formulando conclusiones y la contestación que realice la defensa, claro solo en caso de que las conclusiones de la Representación Social sean acusatorias.

En ambos casos anteriores, es decir, sea proceso ordinario o sumario, durante la audiencia de vista se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, pudiéndolo hacer el juez, el Ministerio Público Estatal y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salva que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a una nueva audiencia, por una sola vez. Finalmente se dictará la sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes a ésta.

ARTICULOS 306 y 307 del CFPP.

Es obligatoria la presencia tanto del Ministerio Público como de la defensa (artículo 87 del CFPP), en caso de que no asista el defensor el juez la diferirá, requiriendo al inculpado para que nombre nuevo defensor y si no lo hiciere se le designará uno de oficio, si este no cumple su cometido se diferirá o suspenderá la audiencia, si el faltista fuere el defensor de oficio se comunicará su falta a su superior inmediato, se ordenará su presentación o se le substituirá por otro, sin perjuicio de su consignación al Ministerio Público si procediere (artículo 88 del CFPP). Asimismo esta audiencia de vista es pública, y si son varios defensores solo se escuchara a uno. Durante la audiencia el inculpado podrá comunicarse con sus defensores pero no con el público. Antes de cerrarse la audiencia el juzgador preguntará al inculpado si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en su caso (artículo 90 del CFPP)

Finalmente resta decir, a modo de comentario que si como lo hemos manifestado con anterioridad el procedimiento penal en infinidad de ocasiones se prolonga a una segunda instancia iniciada a petición de parte y con ello hace necesaria la realización de otra audiencia de vista, y asimismo es obligatoria la presencia del Ministerio Público en todo tipo de audiencia tal y como lo dispone el artículo 87 del CFPP, es ilógico el criterio sustentado por Nuestros Máximos Tribunales en el sentido de que en la audiencia de vista realizada en segunda instancia la inasistencia del Representante Social no constituye una violación procesal, toda vez que en su concepto dicho dispositivo multicitado, así como el numeral 160 fracción X de la Ley de Amparo se refieren específicamente a la audiencia celebrada en primera instancia, siendo a nuestro criterio una interpretación errónea puesto que donde la ley no distingue no es dable distinguir, hecho que realiza el Tribunal Colegiado que formo la jurisprudencia que a continuación se transcribe y que se deja a la considerable opinión del lector, para que forme la suya propia:

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Julio de 1997
 Tesis: III.2o.P. J/7
 Página: 279

AUDIENCIA DE VISTA EN LA ALZADA. LA INASISTENCIA DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL NO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO. La circunstancia de que el representante social federal no esté presente al desahogarse la audiencia de vista en segunda instancia, no constituye una violación al procedimiento, ya que si bien es cierto que el artículo 87 del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente, señala que "Las audiencias se llevarán a cabo, concurran o no las partes, salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas ...", en tanto que el numeral 160, fracción X, de la Ley de Amparo, establece que "En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: ... X. Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del Juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto ..."; también es verdad que de esos preceptos se colige que se refieren a la audiencia de derecho celebrada en primera instancia, toda vez que el artículo citado en primer término está ubicado en la parte relativa al procedimiento en general, en cambio, en el capítulo especial que norma el trámite de la apelación, específicamente el artículo 382 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece la forma como se debe desahogar la audiencia de vista en la segunda instancia, no contempla como obligatoria la presencia del fiscal federal en la misma. En cuanto al artículo 160, fracción X, de la Ley de Amparo, que refiere que se considerarán violadas las leyes del procedimiento "Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del Juez que deba fallar ...", obviamente que también alude a la audiencia de derecho que se celebre en primera instancia, pues no podría dictarse sentencia sin las conclusiones condignas y además se habla de la presencia del Juez que deba fallar, y no de la de los Magistrados; por tanto, la inasistencia del agente del Ministerio Público Federal a la audiencia de vista en la apelación no constituye una violación al procedimiento, máxime si la sentencia reclamada se dicta con base en los agravios que obren agregados al toca respectivo, y el acusado fue asistido por su defensor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 60/97. Lorenzo Rafael Núñez Espinoza y Marcos Rojas Contreras. 10 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: Oscar Naranjo Ahumada.

Amparo directo 75/97. José Luis Echeverría. 10 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Joel Sánchez Cortés.

Amparo directo 84/97. Francisco González Padilla. 10 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: Ernesto Antonio Martínez Barba.

Amparo en revisión 59/97. Magistrado del Tercer Tribunal Unitario del Tercer Circuito. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Daniel Castañeda Grey.

Amparo en revisión 65/97. Magistrado del Tercer Tribunal Unitario del Tercer Circuito. 22 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: José Guadalupe Sánchez Ramírez.

Resta que la anterior audiencia de vista será aplicable en tratándose de delincuencia organizada, por aplicación supletoria del CFPP, es decir el fiscal adscrito al juzgado penal no variara su trabajo al aplicar la LFDO durante la realización de esta diligencia judicial, siendo igualmente conducente lo manifestado respecto de la Audiencia de Vista realizada en Segunda Instancia.

21.-LA SENTENCIA PENAL

Sentencia según Don Joaquín Escriche proviene de la palabra latina sintiendo, por que el juez declara lo que siente según lo que resulta del proceso, por tanto sentenciar vendrá a ser la expresión de lo que arroja en el ánimo del juzgador el material desahogado en el expediente del procedimiento judicial y por tanto lo que produce en su estado mental, manifestándolo de manera indubitable. Sin embargo antes de emitir específicamente nuestra opinión es importante consignar el pensamiento jurídico de distinguidos juristas respecto a esta figura jurídica procesal.

DOCTRINA DE ALFREDO ROCCO

Este ilustre autor en su fecunda obra intitulada "La Sentencia Civil" (131), realiza un excelso estudio de la norma jurídica individualizada, que a pesar de no estar dedicado específicamente a la sentencia penal da valiosos conceptos que sin lugar a dudas infieren el nacimiento, desarrollo y culminación de la sentencia en general, en virtud de ello se expondrá su pensamiento tratándolo posteriormente, de adecuar a la sentencia penal. Así dicho autor comienza su obra estableciendo que los supuestos de la idea de sentencia son "jurisdicción, como función y como poder; de procedimiento, como actividad en la que la función se desarrolla; de derecho procesal, como conjunto de normas que tal función y por consiguiente tal actividad regulan, son los supuestos indispensables..." Manifestando dicho autor que los conceptos de jurisdicción y procedimiento tienen su raíz misma en el concepto de norma jurídica, ya que la jurisdicción es "la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela." Y para realizar tal actividad el Estado necesita de un procedimiento para desarrollarse y tal procedimiento adopta la forma de proceso ya que es "la función jurisdiccional civil en su ejercicio; el desarrollo de la función jurisdiccional civil."

En relación a la jurisdicción penal dicho autor manifiesta que es el medio con que el Estado procura la satisfacción de su interés punitivo, aplicando al caso concreto la norma penal que le tutela, entendiendo por interés punitivo un interés público que es lo que diferencia a dicha jurisdicción de la civil donde se procura la satisfacción de intereses privados

(131) Rocco, Alfredo, La Sentencia Civil, Traducción de Mariano Ovejero, Edit. Cardenas, Editor y Distribuidor, México, 1985.

Establecido lo anterior dicho jurista establece que la sentencia es "...el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés..." (132) Considerando que el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico; esto es, que la sentencia es esencialmente un acto de la mente del juez, claro que no con ello negando que pueda haber sentencias en las que concurra también otro elemento, y que, por tanto, constituyen también actos de voluntad del juez, sino afirmando que pueden existir sentencias en las cuales el acto de voluntad no se encuentre, y que consisten en una pura operación lógica; por consiguiente considerando que sólo el elemento lógico es esencial en el concepto de sentencia. Por tanto manifiesta que el juez no expresa en esta operación mental su voluntad sino un simple juicio sobre la voluntad del órgano legislativo en el caso concreto, toda vez que el Estado ha afirmado su voluntad en el ejercicio de la función legislativa; no tiene necesidad de afirmarla una segunda vez en el ejercicio de la facultad jurisdiccional. Por ende la sentencia no contiene, pues, otra voluntad que la de la ley traducida en forma concreta por obra del juez, es decir declarar la norma aplicable al caso concreto y por tanto establecer la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés (133). Continúa Alfredo Rocco manifestando que la sentencia como acto en el cual el órgano jurisdiccional del Estado aplicando la norma al caso concreto, elimina la incertidumbre sobre la tutela jurídica que corresponde a un interés concreto, es decir que el juez eliminando la incertidumbre sobre una relación concreta de derecho, determina lo que es derecho en el caso concreto; se diferencia de otras resoluciones por que en estas otras no realiza el acto jurisdiccional mencionado, sino que "...en los límites de la norma jurídica que en el caso concreto no se presenta como incierta, provee al cumplimiento de las varias funciones que se le exigen- con ellas - el juez no declara relaciones jurídicas, ni materiales, ni procesales sino que provee a la marcha regular del procedimiento, cuya dirección le está reservada..." (134)

(132) Rocco, Alfredo, *ob. Cit.*, pag. 51.

(133) En nuestra opinión si bien es cierto que la sentencia encierra un juicio lógico deductivo en la mayoría de los casos, cierto es que en infinidad de casos no se puede desentrañar el sentido mismo de la norma jurídica y por tanto es necesaria su interpretación para aplicarla al caso concreto ¿ pero en cuántas ocasiones un mismo juez interpreta en sentido distinto una misma norma jurídica en virtud de lo diverso de los casos concretos sometidos a su conocimiento? Igualmente hay que decir que no con manifestamos en contra de considerar la sentencia como un razonamiento deductivo, por ello vamos igualmente en contra del Principio de la Plenitud Hermética del Derecho. Lo que discutimos es que la norma jurídica no es una panacea universal que contemplara y resolverá todo tipo de cuestión de hecho que se presente en el mundo fáctico, sino que al ser abstracta, general e impersonal en infinidad de situaciones no podrá adecuarse a la especial situación de hecho por resolver y entonces se tendrá que buscar la solución justa del caso concreto, sin que ello implique rebasar los límites jurídicos y legales establecidos por el legislador. Para un estudio más profundo del tema relacionado con la crítica a la interpretación tradicional del derecho se recomienda el libro del autor Luis Recaséns Siches denominado Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.

(134) Rocco, Alfredo, *ob. Cit.*, pag. 103.

Continúa dicho jurista manifestando que el poseer intereses jurídicamente protegidos es suficiente para que haya interés por parte del Estado para su efectiva realización, lo cual no se lograría- supuesta la prohibición de la defensa privada- si este interés estatal no estuviese a su vez tutelado frente al Estado, y por tanto establece que el derecho a la tutela jurídica de que goza el gobernado, es el derecho a un determinado acto de tutela del Estado, es decir afirma el derecho de acción, en particular, es el derecho a una sentencia de determinado contenido, aceptando, por tanto, en dicha obra el autor que la acción corresponde a todo sujeto de derecho que pueda provocar un fallo del juez y que por tanto habrá procedimiento no solo cuando exista el derecho del actor a obtener un fallo sobre el fondo del asunto, sino también cuando tal derecho no exista, así el derecho de proceder no corresponde solamente al actor sino también al demandado, toda vez que también tiene interés en que se dicte una resolución de la cual dependerá el menoscabo o no de su esfera patrimonial. Igualmente rechaza la existencia de relaciones procesales entre las partes, solo acepta las relaciones entre las partes y los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia para nuestro querido jurisconsulto basta un interés en la declaración para formar el contenido substancial del derecho de acción, y con el mismo nace el deber del Estado de realizar tal declaración, lo cual realiza con la sentencia, a través de la cual sólo se resolverá sobre lo que se pide y con base en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes, y solo sobre tales elementos, con ello concluye Alfredo Rocco "...la sentencia, es esencialmente, un juicio lógico sobre la existencia de una relación jurídica; su función es la declaración de las relaciones jurídicas inciertas..." (135)

Guillermo Colín Sánchez dice "...la sentencia penal, es la resolución del Estado, por conducto del juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia..." (136) concibiéndola como un acto jurídico procesal, correspondiente a la potestad del juez, y por ende, a su voluntad y cuya eficacia plena habrá de depender de la correcta aplicación de lo dispuesto por el legislador. Al relacionarla con la acción penal manifiesta que "... la sentencia no se identifica con la acción, su naturaleza y caracteres son distintos; es una consecuencia de esta última y bien puede considerársele, en términos generales, como un presupuesto indispensable para que aquélla se dé..." (137). Finalmente en relación a su objeto y fin establece "... el objeto se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que tomará en consideración el juez, relacionándolos con todas las diligencias practicadas durante el procedimiento, para así resolver la situación jurídica del sujeto a quien se atribuyen... El fin de la sentencia, es la aceptación o la negación de la pretensión punitiva..." (138)

(135) Rocco, Alfredo, ob. Cit., pag. 196.

(136) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 574.

(137) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 578.

(138) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 586.

En cuanto a su forma y formalidades establece, que en cuanto a su forma extrínseca la sentencia es un documento que debe de contener prefacio, resultandos, considerandos y parte decisoria. El prefacio ocupándose de los datos necesarios para identificarla (fecha y lugar en donde se dicte, el juez que la pronuncie, el número del expediente, nombres y apellidos del sentenciado, su sobrenombre, el lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio y profesión; los resultandos son la breve historia del expediente; los considerandos son como lo dice atinadamente dicho maestro formas empleadas para calificar y razonar los acontecimientos; y la parte decisoria son los puntos conclusorios a que se llegue (puntos resolutivos).

El insigne Rivera Silva establece "...La sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional. En ella, el órgano encargado de aplicar el Derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento... en la sentencia el juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica. En esta faena sobresalen tres momentos: uno de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de voluntad o decisión. El momento de conocimiento consiste en la labor que realiza el juez para conocer qué es lo que jurídicamente existe, es decir, qué hechos quedan acreditados, al través de las reglas jurídicas (es muy posible que un hecho exista realmente y jurídicamente no, por carecer de pruebas a las que la ley les concede eficacia). La interpretación, juicio o clasificación, es una función exclusivamente lógica, en la que el juzgador, por medio de racionios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado. Por último, el momento de voluntad se ubica en la actividad que realiza el juez al determinar cuál es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado, dentro del marco que la ley establece..."(139)

Julio Acero manifiesta que la sentencia "...es el resultado mismo del juicio o mejor dicho, su expresión esencial por parte del juzgador que aprecia y valoriza en ella todas las alegaciones y todos los elementos probatorios del pro y del contra aportados al proceso, para dar el triunfo a los que estima plenamente predominantes y decidir según ellos la suerte del reo- y continua estableciendo que dicha resolución debe contar con los siguientes requisitos de fondo.

A).- **ESTRICTA SUJECION LEGAL.**- Como principio primero y general ya queda anticipado que la sentencia debe externar un riguroso ajustamiento a la ley- por que como bien lo dice el insigne jurista- En materia penal no caben transacciones, condenaciones en parte o por analogía, ni resoluciones discrecionales o por meros principios del Derecho...

B).- **EXTREMISMO CATEGORICO.**- La decisión ha de ser categórica, es decir, ha de absolver o condenar definitivamente sin término medio alguno. Admitiase en la antigua legislación y aun era no hace mucho una de las formas del veredicto escocés, pronunciar sentencia de "non probandus" absolviendo de la instancia por falta de pruebas, pero dejando abierto el proceso para poder condenar cuando las hubiera...

(139) Rivera, Silva, ob. Cit., pags. 304-305.

C).- EXACTITUD DEL SANCIONAMIENTO.- La sentencia debe puntualizar de modo preciso y forzoso además de la clase, el término de las sanciones que imponga- pero como dice Julio Acero- Ni siquiera se crea que esa puntualización pueda hacer libremente por el Juez aun dentro de los rigurosos extremos legales de la preceptuación sustantiva. La abusiva interpretación del sobado artículo 21 Constitucional, trae hasta aquí otra de sus más desastrosas consecuencias- ya que el Juez en relación con las conclusiones del Ministerio Público- Aun tratándose de los mismos hechos, no puede el Juez considerarlos como un delito más grave del que representan para el Ministerio Público según sus conclusiones... Que aun el mismo delito no puede estimarse calificado por condiciones más punibles que las hechas valer por el Agente...Que ni las circunstancias agravantes del caso pueden tomarse en consideración por el Juez aunque estén probadas si no las hizo valer el Ministerio Público... Que en cambio deberá aceptar las atenuantes que aquél haya aceptado aunque no estén demostradas...Y que por último, en segunda instancia, no pueden hacerse valer ni aceptarse nunca ningunos motivos de agravación no comprendidos en las conclusiones y ni siquiera los mismos, si la apelación se interpuso sólo por el reo- Con base en lo anterior dicho jurista se pregunta- ¿En qué quedó el criterio del Juez? ¿ Para qué le sirve ser Juez si en cierta manera se la quita su más esencial facultad de juzgar y decidir conforme a su juicio, imponiéndole el ajeno?...

D).- CONGRUENCIA.- Este requisito lo establece en relación a que el juez no puede condenar por delito distinto del señalado en el Auto de Formal Prisión, ni asimismo puede salirse del contenido de las conclusiones del Ministerio Público- con dicho requisito se puede dar la siguiente situación factica, como atinadamente lo manifiesta el autor-. Si la clasificación hecha en el auto de formal prisión fue equivocada y no la enmendaron las Conclusiones, o sí a la inversa aquélla fue correcta y éstas la trastocaron erradamente; no podrá el Juez condenar de ningún modo, porque si lo hace por el delito designado en su auto, falta a la congruencia con el Ministerio Público o según la Corte, al Derecho de defensa, y si lo hace de acuerdo con éste falta a la verdad y a la precisión legal, castigando por elementos jurídicos distintos de los que existen...

E).- CLARIDAD.- Referida sobre todo a la parte resolutive.

Finaliza dicho autor considerando la sentencia penal como una sentencia indeterminada cuyo principio lo enuncia así "...No más de "doce años para el homicidio", "cinco años para el robo en casa habitada", "un año para el robo de quinientos pesos", etc.- consistiendo básicamente- en no fijar la duración de la pena impuesta, sino en imponerla por plazo indefinido en cuanto se requiera para la corrección del culpable que deberá comprobarse para levantar el castigo... (140)

(140) Acero, Julio, ob. Cit., pags. 185-196.

NUESTRA OPINION

En relación a lo manifestado por el jurista Alfredo Rocco es indispensable establecer que también en lo referente a la sentencia penal, son presupuestos de su idea los conceptos de jurisdicción, procedimiento y proceso, toda vez que innegablemente la jurisdicción penal tiene su fuente en la norma jurídica penal y por supuesto que buscara garantizar los intereses tutelados por dicha norma, y para desplegar su actividad necesitara de un medio en que desenvolverse; dicho medio es el procedimiento penal (no muy lejos el pensamiento de Rivera Silva cuando define el procedimiento penal). Así para que se pueda entrelazar el supuesto jurídico con la consecuencia prevista en la norma penal se necesitara de una función estatal denominada jurisdicción, misma que se personaliza en un juzgador y se desarrolla a través del procedimiento penal buscándose al final del camino la aplicación de una norma jurídica individualizada, en caso de que se den los extremos hipotéticos y fácticos sine qua non para enlazar la hipótesis normativa con la consecuencia de derecho; o bien la declaración de que no se dan dichos extremos para poder crear una norma jurídica individualizada. Sobre este aspecto es importante resaltar que sin lugar a dudas e independientemente de los conceptos mencionados, el insigne autor considera el concepto de acción como idea a priori del acto procesal denominado sentencia y ello se colige de la lectura integral de su mencionada obra, ya que dedica un capítulo especial al enlace entre acción y sentencia. Ahora bien aplicando dicha situación a la sentencia penal debe de decirse que sin lugar a dudas la acción penal como derecho correspondiente al ente jurídico denominado Estados Unidos Mexicanos que lo ejerce por conducto de la Representación Social, es sin lugar a dudas un derecho para obtener un fallo jurisdiccional del juzgador sin que ello implique la existencia fáctica de su pretensión punitiva; por supuesto que manejando el concepto de sentencia en el sentido que le da Alfredo Rocco, es decir como una resolución que tutela y resuelve una determinada situación jurídica, no comprendiéndose en la misma aquellas resoluciones tendientes al impulso procesal, o sea verbigracia para Alfredo Rocco el sobreseimiento penal será considerado como una sentencia ya que resuelve la situación especial sometida a la consideración del juzgador. Y hasta aquí mi parecer se desvía de lo manifestado por Alfredo Rocco en relación a que dicho autor dice que el demandado también tiene derecho de acción y por tanto a una sentencia toda vez que su interés se manifiesta en la posible afectación patrimonial que sufra. Y se desvía en relación a la materia penal en el sentido de que como lo hemos manifestado con anterioridad, la acción penal tiene características propias que le permiten diferenciarse de esa acción establecida por el artículo 17 Constitucional ya que la acción penal es una facultad propia y exclusiva del Estado y tan es así que puede hacer que no se ejercite la misma o realice su desistimiento, o bien que no se conteste a su ejercicio por parte del Juzgador a pesar de que se encuentre el inculpado confeso del delito que se le impute, claro siempre que haya pruebas que desvirtúen dicha confesión. En síntesis si el imputado cierto es que tiene un interés en obtener un fallo una vez que se encuentra a disposición del juzgador, y por ello realizara (él o su defensor ya sea particular o de oficio) lo que a su interés convenga, no por ello tiene el derecho de acción concebido en los términos de Alfredo Rocco como un derecho subjetivo público respecto del Estado para obtener la tutela respecto a un interés que es incierto o no ha sido respetado.

En cuanto a la concepción de que la sentencia es la simple aplicación o interpretación de la voluntad del legislador, no compartimos tal criterio en virtud de que con ello se menosprecia el inapreciable valor del juzgador que ante cada caso concreto debe de poner en tensión todos sus sentidos para arribar a la verdad legal sobre la especial situación jurídica sometida a su conocimiento. Ya que bien lo ha manifestado el mismo Kelsen al decir que todo juzgador ante cada caso concreto aunque se trate de la misma definición legal debe de escoger entre los mínimos y máximos legales una infinidad de hipótesis de entre las cuales solo una se deberá de adecuar a la situación jurídica que deba de resolver, y esto se observa sobre todo en materia penal, y misma opinión la tiene el autor Bülow quien dice: "...la sentencia del juez da la norma individualizada y especializada para cada caso singular. Las reglas contenidas en la ley se limitan a suministrar una pauta obligatoria más o menos precisa para la formación de la norma concreta, pero no suministran ellas por sí solas las reglas..." (141)

En relación a lo manifestado por Colín Sánchez, Rivera Silva y Julio Acero, tenemos que sus concepciones discrepan en cuanto al sustrato de la sentencia, claro ello con motivo de su especial concepción de la acción penal y del proceso penal; así el primero no alcanza a dilucidar que se debe de entender por circunstancias objetivas, subjetivas y normativas del delito, puesto que dichos elementos al formar parte de los elementos del tipo penal no pueden ser diferenciados de lo que el autor menciona como elementos del injusto punible, por tanto debe de manifestarse que no se comprende el por que dicho jurista recurre a dichos conceptos cuando es conocida de sobra su concepción de lo que denomina como verdad histórica y personalidad del delincuente. En relación a que con la misma se define la pretensión punitiva estatal y pone fin a la instancia no hay discrepancia alguna puesto que con la sentencia se contesta a la conclusión del Ministerio Público, sin embargo es sabido que en ocasiones no se configurara la pretensión punitiva estatal cuando el Ministerio Público formula conclusiones no acusatorias, y aun con ello para nosotros hay sentencia puesto que el sobreseimiento responde a su esencia jurídica como lo es resolver la especial situación jurídica sometida al conocimiento del juez. En relación a que la sentencia pone fin a la instancia no existe lugar a dudas, ya que de seguirse el procedimiento penal se iniciara la segunda instancia; en cuanto al segundo insigne maestro de la Facultad de Derecho resta decir que su concepción de sentencia responde sin lugar a dudas a su doctrina respecto del procedimiento penal, puesto que si el mismo es una actividad técnica encaminada a enlazar la hipótesis normativa con la consecuencia jurídica entonces lo que culmina dicha actividad es la sentencia. En cuanto a los tres momentos que manifiesta deben de darse en su configuración, tal criterio es adoptado por diversos autores y a la vez por nosotros puesto que efectivamente solo a través del conocimiento que el juzgador tenga de la especial situación jurídica sometida a su conocimiento podrá formarse un juicio y como consecuencia del mismo adoptar una decisión respecto a la misma, esto es si en su concepto se da la existencia o inexistencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible plenamente a alguien; en cuanto al tercer ilustre jurista de Jalisco el mismo aunque de manera diversa establece los mismos tres momentos que se dan en la configuración de la---

(141) Citado por Alfredo Rocco, ob. Cit., pag. 197.

sentencia ya que si bien menciona que es la expresión del juicio del juzgador (segundo de los momentos establecidos) también al decir que lo hace apreciando y valorizando lo aportado por las partes con ello intrínsecamente establece ese momento de conocimiento donde se establecerá lo que se conoce jurídicamente, para con ello dar el triunfo a alguien es decir adoptar una posición respecto de la situación jurídica sometida a su conocimiento.

Con base en lo anterior podemos concluir que la sentencia penal es la resolución realizada por el Estado por conducto de su órgano jurisdiccional a través de la cual con base en el conocimiento adquirido sobre lo que existe jurídicamente en el procedimiento penal hace una operación lógica y justa sobre si se acredita la existencia o inexistencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible plenamente a alguien en el caso sometido a su consideración y adopta una decisión.

REQUISITOS DE LA SENTENCIA PENAL

A) FORMALES

Los establece el artículo 95 del CFPP al establecer los siguientes requisitos legales que debe de cumplir toda sentencia:

- I.- El lugar en que se pronuncien;
- II.- La designación del tribunal que las dicte;
- III.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobresobre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión;
- IV.- Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
- V.- Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de las sentencias; y
- VI.- La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes.

B) MATERIALES

I.- La determinación de si encuentran reunidos o no los elementos consistentes en una conducta típica, antijurídica y atribuible plenamente a él o sus autores. - Este es sin lugar a dudas la espina dorsal jurídica de la sentencia puesto que es el quid motivo por el cual se inicio el procedimiento penal y el Estado por conducto del Ministerio Público ejerció acción penal, así como también el juzgador considero pertinente iniciar formal proceso para determinar dichos extremos con el dictado del Auto de Término Constitucional, pero como ya hemos dicho al principio de esta humilde obra que

consideramos que el procedimiento penal como abstracción jurídica debe de contemplar la tramitación de segunda instancia iniciada con la interposición del recurso de apelación el cual se da en la mayoría de casos. Así en tal situación dichos elementos deben de ser igualmente la espina medular de la sentencia dictada por el Ad quem toda vez que por las características propias del procedimiento penal al existir la suplencia de la deficiencia de la queja en consecuencia el Tribunal de Alzada debe de volver a estudiar si se acreditan los extremos aludidos respetando con ello garantías individuales, sirviendo de apoyo a lo anterior la siguiente tesis de jurisprudencia:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 83, Noviembre de 1994

Tesis: V.2o. J/99

Página: 65

APELACION. EL TRIBUNAL DE, DEBE ESTUDIAR SI ESTAN ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL SENTENCIADO.

Cuando el acusado o su defensor interpongan el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando agravios que comprendan o no las cuestiones relativas a la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del acusado, el tribunal de alzada, aun en suplencia de la queja, debe examinar de modo preferente si ambos requisitos están acreditados en autos, para estar en condiciones de decidir si se ha aplicado o no correctamente la ley o si se han vulnerado los principios reguladores de la prueba; sin que deba limitarse su estudio únicamente a los motivos de inconformidad planteados, pues tal conducta resulta violatoria de garantías individuales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 115/94. Moisés Nevarez Castañeda. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Arturo Ortégón Garza.

Amparo directo 167/94. Manuel Alonso Durán Moreno y otro. 21 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

Amparo directo 181/94. Gerardo Chávez Toscano. 19 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro Rivera. Secretario: José Rafael Coronado Duarte.

Amparo directo 231/94. Enrique Hernández Hernández. 2 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

Amparo directo 232/94. Manuel Franco Burgos. 2 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

Nota: Esta tesis Núm. 99, editada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 80 (agosto de 1994) pág. 56, a petición del Tribunal se vuelve a publicar con las correcciones que éste envía.

II.- Ser congruente con el Auto de Formal Prisión y con lo Solicitado por el Estado en el pliego de conclusiones formuladas por el Ministerio Público.- Importante principio de fondo que debe de guardar toda sentencia penal, en virtud de que a pesar de que en ciertos casos se de para el juzgador por acreditado que se dio una transmutación en el mundo fenomenológico y que está se adecua a un tipo delictivo y que es antijurídica y atribuible a su autor o autores, ello en ocasiones no puede enlazarse con la consecuencia de derecho establecida en la norma jurídica en virtud de la interpretación que se le ha dado a los artículos 19 y 21 Constitucionales, en relación a que el delito por el que se dictó el auto de formal prisión es por el que se seguirá el proceso y como consecuencia de ello la sentencia debe de ser congruente con el delito establecido en dicha resolución; y respecto a que la acusación del Representante Social no puede ser rebasada ni enderezada por el Juzgador en su sentencia afirmándose con ello la congruencia que debe de haber entre las conclusiones del Ministerio Público y la sentencia. Claro que en el primer caso es unánime la opinión de que bien puede el Ministerio Público reclasificar el delito en el momento de emitir sus conclusiones siempre y cuando se adecuen a los hechos desahogados durante el procedimiento penal, es decir que no se cambie la esencia de la conducta delictiva (llamémosle imagen rectora como Beling). Y esto es igualmente lo que diferencia a la sentencia penal de la sentencia civil puesto que en materia penal el juez se encuentra por disposición e interpretación de los mencionados artículos sujeto a lo que se dispuso en el Auto de Término Constitucional y a lo solicitado por la Representación Social, no pudiendo subsanar sus defectos u omisiones, y para ello sirve de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial que se transcribe en su totalidad:

Octava Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 75, Marzo de 1994

Tesis: 1a./J. 5/93

Página: 11

CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITO EL MINISTERIO PÚBLICO. Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que correspondan, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado hasta por un monto que queda a su criterio, *es evidente que conforme a una correcta técnica procesal, dicha actuación judicial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir pedimento alguno para sancionar al procesado como responsable de un concurso real de delitos, a pesar de la prueba de éste, es obvio que dicho funcionario judicial se encuentra legalmente impedido para sancionar por ese concepto, por no existir acusación*

de parte de quien correspondía hacerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora, la cual constituye una de sus funciones inherentes, sin embargo, la misma no puede ser absoluta, oficiosa, ni arbitraria, pues atento a los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omita efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente a una normatividad y a un estado de derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva.

Contradicción de tesis 12/91. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 31 de mayo de 1993. Mayoría de cuatro votos, en contra del Ministro Samuel Alba Leyva. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario. Rubén Arturo Sánchez Valencia. Engrosó Ministra Victoria Adato Green.

Tesis de Jurisprudencia 5/93. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión del nueve de agosto de mil novecientos noventa y tres, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidente Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Samuel Alba Leyva, Victoria Adato Green, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: La tesis 5/93, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. 71 (Noviembre de 1993) pág. 14, por disposición de la Sala queda sin efectos y se sustituye por la que aquí se publica.

Igualmente con base en este principio se pueden dar diversas situaciones, las cuales han sido resumidas magistralmente por el jurista Julio Acero (transcritas con antelación), quien critica secamente la abusiva interpretación, que en su concepto se ha hecho del artículo 21 Constitucional. Sin embargo tal interpretación sigue siendo la misma por Nuestros Máximos Tribunales quienes afirman que el Juzgador no puede agravar la pena que le ha sido solicitada por el Ministerio Público en su pliego de conclusiones, claro que la puede disminuir pero jamás aumentar puesto que no puede substituirse en las funciones del órgano técnico del Estado Mexicano, y como corolario de tal interpretación se encuentra el hecho de que en el caso de que conozca del asunto penal la Sala Superior esta no podrá aumentar la penalidad impuesta al sentenciado en primera instancia si ello no le fue solicitado por la Representación Social, o bien si esta no lo solicita de forma fundada y motivada, es decir con estricto apego a su calidad de órgano técnico del Estado Mexicano, sirve de apoyo a lo anterior las siguientes tesis jurisprudenciales:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 83, Noviembre de 1994

Tesis: XX. J/73

Página: 83

APLICACION DE UNA PENA O AGRAVARLA, PARA QUE EL JUEZ PUEDA ESTAR EN CONDICIONES DE LA. ESTA DEBE SER SOLICITADA POR EL MINISTERIO PUBLICO FUNDANDO Y MOTIVANDO LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE. El Ministerio Público no solamente debe solicitar en su pliego de conclusiones que se imponga al acusado la sanción que establece la disposición punitiva condigna, sino razonar los motivos por los cuales considera operante la circunstancia agravadora, haciendo referencia concreta a los elementos de convicción que obren en la causa para establecer, de manera indubitable, la prueba plena respecto a la calificativa; por tanto, el juez no puede legalmente aplicar una pena o agravar una situación a menos que haya sido específicamente pedida, fundando y motivando la solicitud correspondiente.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 659/91. Manuel Sánchez Curiel. 6 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Amparo directo 728/93. Alfredo Trujillo Castañeda y otros. 13 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Amparo directo 288/94. Abdías de los Santos Ovalles. 30 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.

Amparo directo 378/94. Herminio Salgado Cal y Mayor y otro. 30 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Amparo directo 555/94. José Antonio Cruz Cruz. 22 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 54, Junio de 1992

Tesis: III.2o.P. J/1

Página: 39

AGRAVIOS INOPERANTES, MATERIA PENAL. Al regir en la alzada constitucional el principio de estricto derecho, cuando es el Ministerio Público Federal quien interpone recurso de revisión contra la sentencia definitiva dictada por el juez de Distrito en un

negocio de naturaleza penal, los agravios que se expresen deben constituir raciocinios lógicos-jurídicos, directamente encaminados a desvirtuar los fundamentos del fallo recurrido, y si en la especie no se satisfizo dicha exigencia técnica, se deben declarar inoperantes las inconformidades, por tanto, vigentes las consideraciones del a quo, por falta de impugnación adecuada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Recurso de revisión 38/92. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Penal en el Estado. 7 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: Francisco Javier Villaseñor Casillas.

Recurso de revisión 43/92. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Penal en el Estado. 7 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: Luciano Martínez Sandoval.

Recurso de revisión 28/92. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Penal en el Estado. 21 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: José Cárdenas Caballero.

Recurso de revisión 53/92. Benjamín Leal Álvarez. 21 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: José Gpe. Hernández Torres.

Recurso de revisión 35/92. Luis Ignacio Cruz Fonseca y Antonio Cruz Fonseca. 7 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: José Cárdenas Caballero.

Así con base principalmente en el óbice legal del precepto constitucional establecido en el numeral 21, y asimismo por lo establecido e interpretado del artículo 19 de la Carta Magna el juzgador se encuentra sometido en ciertas ocasiones a la eficiencia de la denominación legal que haya adoptado el mismo al dictar el Auto de Formal Prisión por el delito a seguirse, y en otras a la eficiencia de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público.

III.- Establecer la absolución o la condenación del acusado.- Esto es lo que denomina el Jurista Julio Accero como Extremismo Categórico, puesto que establece el artículo 23 del Pacto Federal lo siguiente: "... Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia..." Con lo anterior se garantiza la seguridad en la impartición de justicia puesto que se prohíbe que en materia penal existan más de tres instancias, y aun así la legislación penal solo contempla dos, asimismo se garantiza el principio de seguridad jurídica al establecerse la prohibición de que se juzgue dos veces por un mismo delito (principio NON BIS IN IDEM) y sobre todo que se OBLIGUE AL TRIBUNAL PENAL A CONDENAR O ABSOLVER toda vez que no puede absolver de la instancia, es decir abstenerse de resolver y dejando la puerta abierta para que se pueda iniciar con

posterioridad nuevo procedimiento penal. Importante principio de fondo que debe de contener toda sentencia y que garantiza las libertades públicas del individuo, respecto a la afectación de que puede ser objeto en su patrimonio por parte del Estado; y

IV.- Decretar la libertad o la sanción aplicable al acusado.- Es decir en la sentencia el juzgador como consecuencia de que en su concepto no se acreditaron o si existieron los elementos consistentes en una conducta típica, antijurídica y atribuible plenamente a una o varias personas; así como que la misma concuerda o no con la acusación realizada por el Ministerio Público y no discrepa o si discrepa con el delito dictado en el auto de formal prisión; y asimismo llega a decidir que el acusado o los acusados son absueltos o condenados; DEBERA de establecer la correlación normativa aplicable a tal certeza de pensamiento judicial es decir decretar la libertad o la sanción aplicable. Dichos requisitos son sin lugar a dudas elementos lógicos y necesarios para la integración debida de la sentencia y será hasta los mismos donde el juzgador tomará en cuenta la personalidad del delincuente y los artículos 51 y 52 del CP, en caso, claro, de que aplique una sanción que bien puede ser una pena o una medida de seguridad. Su fundamento jurídico lo localizamos en el artículo 21 Constitucional al establecerse por el legislador constituyente que: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..." Y como consecuencia de ello solo en la sentencia el Estado por conducto del Juzgador podrá aplicar la pena aplicable, o bien establecer que como no se cristalizó la hipótesis normativa lo procedente es decretar la libertad del o los acusados.

Los anteriores elementos son en nuestra opinión los fundamentos materiales de toda sentencia penal, en virtud de que versan de forma directa o indirecta con la especial situación sometida a la consideración del juzgador, por supuesto que dicha opinión se sustenta en el análisis de los doctrinarios aludidos con antelación y del estudio de la legislación penal.

En relación a la sentencia en materia de delincuencia organizada, la misma seguirá los cánones mencionados con antelación, pero se debe de decir que se establece una excepción en la LFDO a los elementos de fondo de esta resolución consistentes en la congruencia y en la aplicación de la sanción aplicable, en su caso, ya que establece el artículo 35 del ordenamiento legal invocado en su fracción III que: "...Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad..." Debiendo el juez de tomar en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y lo establecido por los artículos 51 y 52 del CP. Así con lo anterior está sometido ineludiblemente a lo que aporte el procesado durante la secuela procesal para valorar el beneficio que le otorgara, debiendo por supuesto resolver tal cuestión en caso de que se presente y aun en contra de que considere al colaborador como una persona demasiado nociva para la sociedad y con merecimiento a una pena seria por parte del poder judicial, y ello independiente igualmente de lo acusado por el Ministerio Público en su pliego de conclusiones.

Finalmente debemos comentar brevemente un tipo especial de sentencia penal que se da como hipótesis normativa en la LFDO dentro del tercer párrafo de su artículo 41, en la cual bastara que se tenga por acreditada la existencia de una organización criminal a través de la preexistencia de una sentencia judicial irrevocable que así lo declare, para que solo el Juzgador se limite solamente a razonar si el inculpado esta vinculado con la Institución Criminal que se tiene por existente en forma plena. Es decir bastará demostrar la culpabilidad del procesado en tratándose de delincuencia organizada para que este sea sentenciado, pero aquí entra la preocupación jurídica de que tipo de culpabilidad será la que se daba de acreditar, si objetiva o subjetiva, toda vez que el termino vinculación que da la idea de unión o ligazón es un término impropio que no permite dilucidar con exactitud si lo que se debe de demostrar en el procedimiento penal es que la persona acordó organizarse o se organizo para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tuvieron como fin o resultado cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 2 de la LFDO, o, bien, solo demostrar un vínculo objetivo desprovisto de elementos subjetivos. Me quedo con la primera opción, pero los términos marcados en el mencionado artículo 41 de la LFDO dejan lugar a verdaderos escollos de interpretación, lo cual es inminentemente criticable.

22.- LA SENTENCIA ABSOLUTORIA

Con base en la exposición realizada en torno al concepto de sentencia penal, nos es posible establecer en que consiste la sentencia absolutoria, en la cual el Estado por conducto del juzgador hará saber su certeza consistente en que no se acredita en el procedimiento penal la existencia de una conducta típica, antijurídica y atribuible al acusado, es decir como manifiesta el maestro Colín Sánchez "...determina la absolución del acusado, en virtud de que, la verdad histórica, patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; o aun siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado..." (142) Claro faltando mencionar la presencia de causas de justificación o eximentes de culpabilidad, pero ello se colige de su estúpida obra jurídica. Es importante en este aspecto manifestar una situación legal que bien se ha presentado en la realidad que es cuando el juez ante la incongruencia de su certeza con lo establecido en el auto de formal prisión o en las conclusiones de la Representación Social no puede condenar y por tanto debe aun en contra de su convicción debe de dictar una sentencia absolutoria, y con ello se pone de manifiesto que el propio Estado encargado de acusar y de sentenciar, al no poder realizar correctamente su función a través de los funcionarios correspondientes no puede hacer efectiva su pretensión punitiva a pesar de que se encuentre acreditada la existencia de un ilícito que lamentablemente por encontrarse en contradicción con el auto de formal prisión o con las conclusiones del Ministerio Público no puede ser castigado, ello con detrimento de la impartición de justicia, pero por encima de ello se da seguridad jurídica ya que si el Estado no hace uso adecuado de las facultades--

(142) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 583.

legales que se le confieren ese ya no es problema de la ley, ni del inculpado, sino de los hombres encargados de ejercitar dichas facultades. Así una vez que se dicte sentencia absolutoria como consecuencia de ello será procedente otorgar la libertad al acusado e igualmente como consecuencia de ella se dará un reconocimiento de la falta de existencia del derecho del Estado para que por conducto del Ministerio Público ejercitara la acción procesal penal, claro esta a pesar de que la ejercito por que en su concepto si le asistía tal derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales, es decir con fundamento en la plenitud hermética del derecho no se actualizo la consecuencia de derecho establecida en la norma penal, toda vez que con esta sentencia se resuelve una situación jurídica sometida a consideración del Estado por conducto de su órgano judicial, y así piensa el insigne Rivera Silva al decir "... la sentencia absolutoria esencialmente es la falta de reconocimiento de la existencia de la acción penal. En estos casos, hubo acción procesal penal porque el Ministerio Público estimó que existía acción penal (derecho de castigar en concreto) y la sentencia absolutoria lo único que determina, es que tal derecho, o no existe, o no está debidamente acreditado..." (143). Con la anterior se considera que con la sentencia lo que se determina igualmente es que no existió el derecho del Estado para accionar la acción procesal penal, es decir tuvo existencia la acción procesal penal, pero no el derecho del Ministerio Público para accionarla. Lo anterior en virtud de que existió plenitud probatoria de que el hecho no constituye un ilícito penal o de que al sujeto no se le puede imputar el hecho; o bien si hay plenitud probatoria de que el sujeto es inimputable, de que existe una causa de justificación; o bien si no se comprueba algún elemento del tipo penal o de la plena responsabilidad del acusado o en caso de duda, ello manifestado por el autor en consulta.

23.- LA SENTENCIA CONDENATORIA

Para finalizar el presente capítulo falta por emitir unos breves comentarios en relación a la figura procesal que entrelaza inequívocamente el supuesto jurídico con la consecuencia de derecho de la norma penal, es decir que emite la sanción aplicable a una conducta típica, antijurídica y plenamente atribuible a una o varias personas, siendo su nombre la sentencia condenatoria, la cual se debe de concebir como la resolución realizada por el Estado por conducto del juzgador por virtud de la cual establece que una conducta es típica, antijurídica y plenamente atribuible a una o varias personas, y dentro de los límites que le otorga la norma penal la o las condena a purgar una sanción. Con base en lo anterior es inconcluso que dicho acto jurisdiccional cumple con los fines de defensa social imbibitos en la norma jurídica penal ante la presencia de una conducta que rebasa el marco legal normativo establecido por el Estado para garantizar la armonía social y la permanencia de los valores sociales. Mismo criterio, pero desde su personal punto de vista tiene el insigne jurista Colín Sánchez que la conceptua como "...la resolución judicial que, sustentada, en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad..." (144)

(143) Rivera Silva, ob. Cit., pag. 309.

(144) Colín Sánchez, ob. Cit., pag. 583.

Los requisitos de formales y materiales que debe de guardar dicha resolución son los establecidos y manifestados con anterioridad, por supuesto que aplicándolos específicamente a la especial figura procesal en comento, siendo de importancia procesal establecer que siempre el juzgador debe de valorar debidamente los elementos de convicción desahogados durante el procedimiento penal, para con base en ello motivar y fundar debidamente la existencia de la conducta típica, antijurídica y plenamente atribuible a su autor o autores y a la cual se le debe de condenar a cumplir una sanción dentro de los límites establecidos en la norma penal sustantiva, ya que en caso contrario se violarían garantías individuales. Sirve de apoyo a lo anterior la siguiente tesis de jurisprudencia que se transcribe en su totalidad:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI Segunda Parte-1

Tesis: I. 1o. P. J/7

Página: 411

SENTENCIA CONDENATORIA CARENTE DE MOTIVACION, AL TENER POR DEMOSTRADA LA RESPONSABILIDAD PENAL. Si en la sentencia reclamada, al tener por demostrada la responsabilidad penal del sentenciado no se efectuó un razonamiento lógico jurídico por el cual se llegara a la conclusión de que la conducta que desplegó era configurativa del delito imputado, mediante una valoración de las pruebas existentes en el expediente relativo, precisando el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, y el juez responsable se limitó a expresar que el acusado no aportó pruebas que apoyaran su negativa, sin determinar con qué datos probatorios tuvo por demostrada su responsabilidad penal, es evidente que la resolución carece de motivación y el Tribunal de Amparo, no está en posibilidad de apreciar si es correcta o no la conclusión de que la responsabilidad penal del sentenciado quedó debidamente acreditada, por desconocerse los motivos que llevaron a tal determinación. En consecuencia, debe concederse el amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 683/87. Angel Muñoz Rueda. 26 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

Amparo directo 1097/89. Humberto Jiménez Mercado. 26 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández.

Amparo directo 201/90. Luis Manuel González Díaz. 29 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 367/90. Reynaldo Antonio Hernández García. 29 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 7/90. Alberto Mancilla Caudillo. 30 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Gloria Rangel del Valle.

NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 32 Agosto de 1990, pág. 35.

Para finalizar la presente obra es útil jurídicamente mencionar que si bien un sentenciado puede interponer recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en primera instancia, aun acogiendo al beneficio que le conceda dicha resolución. Pero si la sentencia del Tribunal de Alzada confirma la sentencia de primer grado dicho sentenciado no podrá intentar el juicio de amparo, en virtud de que ya consintió la condena y la sanción infringida en primera instancia. Con ello se observa igualmente que el juicio de amparo no es un recurso más dentro del procedimiento penal sino un auténtico juicio seguido para garantizar las libertades públicas establecidas como garantías individuales en la Carta Magna, sirviendo de apoyo a lo anterior la siguiente tesis de jurisprudencia que se transcribe a continuación:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 86-2, Febrero de 1995

Tesis: I.Io.P. J/9

Página: 27

SENTENCIA CONSENTIDA. SI SE ACOGE A LA SUBSTITUCION DE LA PENA IMPUESTA. Si el sentenciado pagó la cantidad que le fue fijada como substitución de la pena de prisión impuesta, así como la multa fijada, es evidente que voluntariamente aceptó cumplir la sentencia impuesta, conformándose con la misma con todas sus consecuencias legales, lo que hace improcedente el juicio de garantías en los términos de la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo, por estarse en presencia de un acto consentido expresamente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 931/90. José Varela Gómez. 26 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 997/90. Joaquín Ojeda Salinas. 26 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 1487/92. Andrés Zamora Cornejo. 23 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández.

Amparo directo 361/93. José Manuel Chávez Martínez. 18 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández.

Amparo directo 1801/93. Josefina Peña Méndez. 25 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Ante la presencia reiterada de conductas antisociales, el Estado acude como última opción para castigarlas y reprimirlas a la utilización del Derecho Punitivo, la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada es el modelo particular de amenaza estatal punitiva con el fin de evitar el caos social y la inseguridad nacional, ante la presencia aplastante del crimen organizado para la sociedad.

SEGUNDA: La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada construye un nuevo sistema penal, tanto sustantivo como procesal, para el tratamiento del crimen organizado en virtud de que establece reglas especiales que en muchos casos excluyen la aplicación de los ordenamientos penales ordinarios, y en otros tantos consigna reglas propias y específicas para la investigación, el procesamiento, la sanción y la ejecución de penas respecto de los integrantes de la delincuencia organizada.

TERCERA: Un estudio lógico del tipo penal, considerado, este, como un supuesto normativo creado por el legislador con el fin de que mediante la descripción de un hecho abstracto con disvalor ético social, se garantice la tutela de bienes jurídicos, permite afirmar que el mismo forma parte de la norma jurídico penal, y por tanto debe tener los caracteres de ser abstracto, impersonal y general, quedando por ende fuera de su concepción jurídica toda discusión finalista o causalista, ya que estas, solo podrán formar parte del estudio particular que se realice de cada tipo penal en particular.

CUARTA: El procedimiento penal busca garantizar la aplicación real de la amenaza punitiva estatal a un hecho que se haya calificado como delito, sin que por ello neguemos la calidad de procedimiento penal, a la serie de actos que finalicen declarando que no se dio el enlace entre el tipo penal y la sanción punitiva, establecidos por el Estado.

QUINTA: Si bien el crimen organizado es un cáncer social, no por ello debe ser el motivo y pretexto para alterar el marco constitucional establecido en los Estados Unidos Mexicanos, con la intromisión y la resurrección de Instituciones repudiadas por todo Estado preocupado por la protección de los derechos subjetivos públicos, como lo son la Delación Anónima y la Delación Secreta, figuras jurídicas que aunque son inconstitucionales se encuentran reguladas por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

SEXTA: No puede interpretarse en forma utilitaria la expresión establecida en la fracción X del artículo 20 Constitucional que dispone que las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX de dicho artículo serán observadas en los términos y con los

requisitos y límites que establezcan las leyes durante la Averiguación Previa. Lo anterior con relación al Derecho de Defensa que regula la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

SEPTIMA: La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada propicio que se reformara la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para dar cabida legal a la intervención de comunicaciones privadas, como una forma de investigación del crimen organizado; asimismo legalizo en forma inconstitucional que el Ministerio Público del Estado Mexicano actuara en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del propio Estado, para la investigación de los delitos relacionados con el Lavado de Dinero.

OCTAVA: La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ha instaurado un medio de impugnación, que no es recurso, para el caso de que el Juez de Distrito no resuelva sobre el pedimento de la Orden de Cateo o la Solicitud de Intervención de Comunicaciones Privadas realizada por el Ministerio Público del Estado Mexicano, al cual hemos denominado Solicitud de Resolución Subsidiaria.

NOVENA: En la actualidad toda Orden de Apreensión, así como todo Auto de Término Constitucional debe de incluir las modificativas del tipo penal por el cual se emiten, ya sean agravantes o atenuantes, del mismo.

DECIMA: En materia de Delincuencia Organizada, un Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar con las Reservas de Ley deja en una inmensa incertidumbre jurídica a la persona que se le dicte tal resolución, en virtud de que solo procede el sobreseimiento del expediente hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trata. Y en el caso del crimen organizado los plazos ordinarios de prescripción se duplican por disposición del artículo 6 del Ordenamiento Legal mencionado.

DECIMO PRIMERA: La prueba judicial esta presente en todos y cada uno de los periodos de que consta un procedimiento penal, valorizándose mediante una apreciación del Ministerio Público o del Juzgador del Estado Mexicano realizada en forma libre, con tintes legales referidos a cada medio probatorio en especial.

DECIMO SEGUNDA: La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada permite que se pueda dar el caso que dentro de un procedimiento penal se apliquen las consecuencias legales establecidas en la misma, acreditándose solamente la vinculación de una persona a una organización criminal, es decir no importara que sea culpable de una conducta típica y antijurídica de delincuencia organizada sino solo que esta vinculada con la misma, dándose una especial forma de responsabilidad penal.

DECIMO TERCERA: Dentro de la regulación del crimen organizado, dada la gravedad de los ilícitos que contempla la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, solo es posible que se den los supuestos: el proceso ordinario o el proceso expedito a petición de las partes.

DECIMO CUARTA: La Sentencia Penal relacionada con el crimen organizado presenta dos particularidades específicas respecto de la sentencia penal ordinaria, las cuales son: a) El Juzgador al emitirla se deberá de someter, en su caso, a la existencia de un testimonio negociado; y b) El Juzgador al resolver la situación de un acusado, en su caso, deberá solo tener por acreditada la existencia de una organización criminal con la documental consistente en una sentencia judicial irrevocable preexistente, y, por ende, limitarse solamente a razonar si se demostró la vinculación del acusado a dicha institución delictiva. Y por supuesto ante esta hipótesis habrá que preguntar ¿ dónde quedaron los elementos del tipo penal del delito de delincuencia organizada y la plena responsabilidad del delincuente?

DECIMO QUINTA: En virtud de lo manifestado, es lógica la propuesta de reformar o derogar la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, toda vez que contiene instituciones evidentemente inconstitucionales amén de la deficiente técnica legislativa del legislador y de las figuras jurídicas que presentan verdaderos escollos de interpretación como lo son el testimonio negociado y la sentencia basada en la sola vinculación de una persona a una Institución Criminal. Además de que crea un sistema penal especial que si bien su construcción no atenta directamente contra la Carta Magna, tampoco tiene sustento especial en la misma.

BIBLIOGRAFIA

Adip, Amado. *Prueba de Testigos y Falso Testimonio*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Editorial Kratos, Décima Edición, México, D.F., 1991.

Acero, Julio, *Nuestro Procedimiento Penal*, José M. Cajica Jr., México, 1976.

Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1961.

Baca Godoy, Manuel, *Tesis Profesional "El Careo como Medio de Prueba y su Valorización dentro del Procedimiento Penal Mexicano"*, ENEP Aragón, 1987.

Baca Godoy, Manuel, *Apuntes de clase del Curso de Derecho Procesal Penal, correspondiente al semestre 97-2 e impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*.

Barrita López Fernando A. *Averiguación Previa (Enfoque Interdisciplinario)*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, 1995.

Beccaria, Cesar. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa, México, 1997.

Bentham, Jeremias, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo I, Editorial Ejea, Buenos AIRES, 1959.

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Editorial Harla, 1997.

C. Hazalet, John. *Técnica de los Informes Policiafos*. Editorial Limusa, S.A. de C.V., 1989.

Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.

Dellepiane, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1989.

Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, 1993.

Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el Licenciado Juan Rodríguez de San Miguel.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1993.

García Ramírez, Sergio. *Delincuencia Organizada, Antecedentes y Regulación Penal en México.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1997.

Goldstein Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1993.

Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil,* Editorial Harla, 1995.

Hernández Pliego, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal.* Editorial Porrúa, México, 1996.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano,* Editorial Porrúa, UNAM, 1989.

Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida,* Editorial Trillas, Tercera Edición, 1991.

Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano,* Editorial Porrúa, México, 1979.

María de Bustamante, Carlos, *El Indio Mexicano o Avisos del Rey Fernando Séptimo Para la Pacificación de la América Septentrional,* México, IMSS, 1981.

Márquez Piñero Rafael. *El tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1992.

Oronoz Santana, Carlos M. *Las Pruebas en Materia Penal.* Editorial Pac, S.A. de C.V. México, 1993.

Oronoz Santana, Carlos M. *Manual de Derecho Procesal Penal,* Editorial Limusa, 1996.

Palomar de Miguel Juan, *Diccionario para Juristas,* Ediciones Mayo, 1981.

Pineda Pérez, Benjamín Arturo, *El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como institución Jurídica del Distrito Federal,* Editorial Porrúa, 1991.

Piña y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal (Apuntes para un Texto y Notas sobre Amparo Penal),* México, 1948.

Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *La Lucha Contra el Crimen Organizado. La Experiencia de Giovanni Falcone,* 1996, Tercera Edición.

Sandoval Delgado, Emiliano. *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Anotada y Comentada.* Editorial Sista. México, 1997.

Sandoval Delgado, Emiliano. *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Anotada y Comentada*. Editorial Sista. México, 1997.

Reyes Echandía Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá- Colombia, 1989.

Reyes Tayabas, Jorge, *El Nuevo Régimen Sobre la Privación de la Libertad en Procedimientos Penales*, PGR, México, 1995.

Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

Rocco, Alfredo. *La Sentencia Civil. La Interpretación de las Leyes Procesales*. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1995.

Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General, Onceava Edición, Cuarta Edición Castellana*, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Zameza, Hernández, Claudía, Tesis Profesional "El Auto de Ratificación de la Detención por el Juez en el Procedimiento Penal en el Distrito Federal". UNAM, 1997.

Zafarroni, Eugenio Raúl. *Manuel de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1994.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

OTRAS FUENTES DE INFORMACION

Jurisprudencia y Tesis Aisladas de 1917 a Septiembre de 1997, emitidas a través del CD. ROM IUS 7, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Utilización de INTERNET, para ingresar al Banco de Datos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, y obtener las tesis Jurisprudenciales y Aisladas correspondientes a la Materia Penal de la Novena Epoca, hasta junio de mil novecientos noventa y ocho.