



UNIVERSIDAD DON VASCO, A. C.
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE 8727-09, ACUERDO No. 218/95



ESCUELA DE DERECHO

**"LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DEL TESTIGO
PROTEGIDO O "TESTIGO COLABORADOR" FUNDADA EN LA LEY
FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA."**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A :

DANIELA EDITH AVILA PALOMARES.

ASESOR: LIC. JOSÉ CARLOS RAMÍREZ MENDOZA.

URUAPAN, MICHOACÁN.

NOVIEMBRE 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.



UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.

SUBDIRECCIÓN DE CERTIFICACIÓN
ANEXO 1.3



URUAPAN
MICHOACÁN

AUTORIZACIÓN PARA IMPRESIÓN DE TRABAJO ESCRITO

CIUDADANO
MAESTRO ALEJANDRO RUIZ OCAMPO,
ENCARGADO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INCORPORACIÓN Y
REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
P R E S E N T E:

Me permito informar a usted que el trabajo escrito:

**“LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DEL TESTIGO
PROTEGIDO O <TESTIGO COLABORADOR>, FUNDADA EN LA LEY
FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.**

Elaborado por:

DANIELA EDITH ÁVILA PALOMARES
NOMBRE APELLIDO PATERNO APELLIDO MATERNO

NÚMERO DE EXPEDIENTE: 304526358

ALUMNO(A) DE LA CARRERA DE: LICENCIADO(A) EN DERECHO.

Reúne los requisitos académicos para su impresión.

**“INTEGRACIÓN Y SUPERACIÓN”
URUAPAN, MICHOACÁN, NOVIEMBRE 30 DE 2011.**

LIC. JOSÉ CARLOS RAMÍREZ MENDOZA
ASESOR

LIC. FEDERICO JIMÉNEZ TEJERO
DIRECTOR GENERAL



DEDICATORIA.

“El éxito no es medido por la posición que alguien alcanza en la vida, sino por los obstáculos que se han interpuesto mientras trataba de tener éxito”.

Booker T. Washington.

Primeramente, quiero agradecer a Dios la oportunidad que me ha brindado de llegar hasta este momento tan importante en mi vida, como es la culminación de mis estudios profesionales.

A mis padres por su apoyo incondicional, no sólo durante la Universidad, sino a lo largo de toda mi vida; por su esfuerzo, paciencia, dedicación y entrega por sacar adelante a una familia, a pesar de las dificultades que ello ha representado.

Pero sobre todo, quiero dedicar este trabajo a un gran hombre, a un roble de vida que hoy no está conmigo para compartir este logro, pero estoy segura de que estaría tan feliz como yo de verme llegar hasta aquí, no como una meta, sino como el punto de partida para seguir recorriendo el camino: a mi abuelo, mi ave,

que se fue sin despedirse, sin darme tiempo de regalarle la satisfacción de verme terminar la Universidad y dejarme agradecerle todo su apoyo y la gran dicha que fue haberlo tenido conmigo, todas sus enseñanzas, sus regaños, su preocupación por que yo tuviera amor por esta carrera y por asegurarse de que alguien me encaminara hacia la noble labor de aprender a colaborar en la impartición de justicia, no como una profesión, sino como una vocación.

También quiero agradecer a mi Universidad y a mis maestros, por haberme brindado un espacio en el cual se nos otorgaran las herramientas necesarias para hacer frente a la difícil lucha de la vida, siempre del lado de la justicia y la verdad.

Finalmente, agradezco a todas las personas que han colaborado para que sea una mejor persona y que con su experiencia me han enseñado lo bonito que es esta profesión. A todos ellos, y a quienes he omitido mencionar, pero que sin lugar a dudas ocupan un lugar muy especial en mi corazón, gracias...Muchas gracias.

ÍNDICE.

| | |
|--|----|
| Introducción. | 1 |
| Capítulo 1. Las etapas del proceso penal federal. | 12 |
| 1.1 Averiguación previa. | 12 |
| 1.2 Iniciación de la averiguación previa. | 13 |
| 1.2.1 La denuncia. | 13 |
| 1.2.2 Oficiosidad. | 13 |
| 1.3. La querrela. | 14 |
| 1.4 Resolución de consignación (ejercicio de la acción penal) con detenido y sin detenido. | 15 |
| 1.5 Preinstrucción. | 16 |
| 1.6 Instrucción. | 16 |
| 1.7 Conclusiones. | 17 |
| 1.8 Vista de la causa. | 19 |
| 1.8 Sentencia. | 19 |
| 1.9 Antecedentes y evolución de la criminalidad organizada. | 21 |
| 1.9.1 Concepto de delincuencia organizada en el ámbito nacional. | 23 |
| 1.10 Elementos del cuerpo del delito de delincuencia organizada. | 25 |

| | |
|--|----|
| 1.13 Repercusión de la delincuencia organizada en el proceso penal. | 27 |
| Capítulo 2. Marco histórico del procedimiento penal. | 31 |
| 2.1 Concepto de Derecho Procesal Penal. | 31 |
| 2.2 Fines del Derecho Procesal Penal. | 33 |
| 2.3 Sistemas del procedimiento penal. | 34 |
| 2.4 Fundamentos constitucionales del proceso penal. | 35 |
| 2.5 Garantías constitucionales de carácter procesal penal. | 53 |
| 2.5.1 Derecho de defensa. | 54 |
| 2.5.2 Derecho a ser informado y a rendir declaración. | 58 |
| 2.5.3 Derecho a no ser compelido a declarar en su contra. | 61 |
| 2.5.4 Derecho a ser careado. | 64 |
| Capítulo 3. Reformas constitucionales de dieciocho de junio de dos mil ocho. | 68 |
| 3.1 Motivos que dieron origen a las reformas a la Constitución Política de los | 69 |

| | |
|---|-----|
| Estados Unidos Mexicanos en Materia Penal en el año 2008. | |
| 3.2 Convención de Palermo. | 75 |
| 3.2.1 Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. | 78 |
| Capítulo 4. El testigo protegido en la legislación penal mexicana. | 88 |
| 4.1. Cualidad de un testigo. | 88 |
| 4.1.1 Obligaciones y derechos del testigo. | 90 |
| 4.2 El testimonio en relación con otros medios de prueba en el proceso penal federal. | 94 |
| 4.3 El testimonio y los derechos del inculpado. | 97 |
| 4.4 Aspectos preliminares del secreto en la protección de testigos. | 103 |
| 4.5 La protección en el proceso penal. | 106 |
| 4.6 Aspectos jurídicos sobre la protección de testigos en el combate contra la delincuencia organizada en México. | 107 |

| | |
|--|-----|
| 4.6.1 Aspectos particulares de la protección de testigos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Protección. | 109 |
| 4.6.2 Delación secreta. | 112 |
| 4.6.3 Delación anónima. | 118 |
| 4.7 Testimonio negociado y valor de la prueba. | 120 |
| 4.8 Valor de la prueba. | 125 |
| Conclusiones. | 135 |
| Propuesta. | 136 |
| Fuentes bibliográficas. | 139 |

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de tesis se encuentra compuesto por siete capítulos: el primero, relativo a las etapas del proceso penal federal, en el cual estudiaremos lo relativo a las partes en que se divide el procedimiento penal, para conocer en cuáles tiene aplicación la figura materia de análisis; en el segundo capítulo se aborda lo relativo al marco histórico del procedimiento penal, es decir, concepto, fines, sistemas, así como fundamentos constitucionales. Además, abordamos temas relacionados con las garantías constitucionales de carácter procesal penal establecidos por nuestra Constitución en favor de los procesados, por ejemplo, el derecho de defensa, entre otros, así como su relación con la institución jurídica del testigo protegido.

El tercer capítulo trata acerca de las reformas constitucionales en materia penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, entre las que destaca, para lo que a este trabajo de tesis importa, la modificación al artículo 16 Constitucional, en el que se incluye la figura del testigo protegido como un medio para lograr el éxito de una investigación, tratándose de delitos en materia de delincuencia organizada, así como, brevemente, la Convención de Palermo como el origen internacional de la figura, y finalmente, la estructura de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. En el cuarto capítulo estudiamos la figura del testigo en la legislación penal mexicana, previo a

ello, las características del testigo en general, para posteriormente hablar sobre la institución del testigo colaborador y su reglamentación en la ley especial que por ahora la contempla.

Planteamiento del problema.

¿Cómo surge la figura del testigo protegido?

¿De qué manera opera el testigo protegido en la legislación mexicana?

¿Realmente cumple la función para la cual fue creada la figura del testigo protegido?

CAPÍTULO 1. LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL FEDERAL.

1.1 Averiguación previa.

Constituye la primera etapa del procedimiento penal, donde inicia el camino para la aplicación de la ley penal sustantiva, pues es la fase en donde se realizan las diligencias relativas a la investigación de un delito, y en donde el Ministerio Público determina si ejercita o no la acción penal ante el juez competente.

A su vez, esta etapa comprende dos fases, la de investigación y la de resolución. En la primera, como lo mencionamos, el Ministerio Público realiza todas las diligencias necesarias y desahoga las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de los hechos sobre los cuales conoce. En la segunda, con base en los elementos aportados por la investigación habrá de emitir la resolución correspondiente, sea consignando los hechos ante el juez competente, no ejercitando la acción penal o decretando el archivo provisional de la indagatoria correspondiente.

Es importante mencionar que la averiguación previa no tiene más término que la prescripción del delito, pero cuando ésta se sigue con detenido, el Ministerio Público tiene cuarenta y ocho horas para resolver la situación jurídica del indiciado, plazo que podrá prorrogarse a noventa y seis horas, únicamente en

los casos de delincuencia organizada.

1.2 Iniciación de la averiguación previa.

1.2.1 La denuncia.

Consiste en la declaración de una persona que pone en conocimiento del Ministerio Público un hecho o hechos que la ley define como delito. Ésta debe ser presentada ante el representante social, o en caso de urgencia, ante cualquier autoridad, y se puede formular por escrito o de forma verbal y deberá delimitarse únicamente a describir hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente.

1.2.2 Oficiosidad.

La averiguación previa se inicia de oficio por el Ministerio Público, a menos que la ley exija un requisito de procedibilidad. Así, se debe iniciar una averiguación previa cuando los hechos no sean de aquéllos que se persiguen a petición de parte o requisito equivalente, sin necesidad de denuncia previa. Entonces, la oficiosidad radica en la posibilidad de realizar diligencias por parte del Ministerio Público de propia autoridad.

1.3 La querella.

Constituye la petición que hace el ofendido al Ministerio Público para que proceda penalmente en contra de una o varias personas. La diferencia entre la denuncia y la querella es que la primera puede ser formulada por cualquier persona que tenga conocimiento de un delito, aunque no sea el ofendido, en tanto que la querella únicamente puede ser formulada por el titular del bien jurídicamente protegido por la norma penal, esto es, por el ofendido.

Es preciso señalar que los códigos adjetivos señalan cuáles son los delitos que se persiguen por querella de parte ofendida, esto, excluye por completo la posibilidad de que una tercera persona que no es la titular del bien jurídico lesionado pueda denunciar los hechos, pues por mandato de ley, es necesario que sea el sujeto pasivo quien lo ponga del conocimiento de la autoridad ministerial.

Al igual que la querella, existen otros requisitos de procedibilidad contemplados en la propia ley, y sin los cuales la averiguación previa no puede dar inicio, tales como:

La autorización: tiene por objeto remover las inmunidades de ciertos servidores públicos.

La declaratoria de perjuicios: Tratándose de delitos fiscales, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá presentar, además de la querrela correspondiente, una declaratoria donde exponga los perjuicios que sufrió o pudo sufrir por las conductas delictivas.

La declaratoria de procedencia: Constituye una forma de remoción de inmunidad, cuando se trata de altos servidores públicos.

1.4 Resolución de consignación (ejercicio de la acción penal) con detenido y sin detenido.

Consiste en el acto por el cual el Ministerio Público ejercita acción penal ante un juez competente, en contra de una o varias personas, por haberse acreditado en la averiguación previa el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

La consignación puede realizarse cuando una persona se encuentra detenida o no ante la autoridad ministerial, si no lo está, al momento de la consignación, deberá solicitar la orden de aprehensión correspondiente o de ser el caso, la de comparecencia; pero si la persona está detenida, una vez consignado el asunto, deberá poner a la persona indiciada a disposición del juez correspondiente.

1.5 Preinstrucción.

Esta etapa tiene lugar una vez que el juez penal radica la averiguación previa y hasta que se dicta la resolución de término constitucional.

De este modo, la preinstrucción se encuentra constituida por todos los actos judiciales, desde la consignación hasta antes del auto de formal prisión, de sujeción a proceso, de libertad o de no sujeción a proceso. Los principales actos que se llevan a cabo durante esta etapa (pero no los únicos) son: auto de radicación, orden de aprehensión o de comparecencia, declaración preparatoria, dilación probatoria y la resolución de término constitucional.

1.6 Instrucción.

Es la etapa procedimental donde se instruye al juez sobre los hechos debatidos, a partir de las pruebas y diligencias practicadas oficiosamente o a solicitud de las partes, con el fin de averiguar la existencia del delito, la circunstancias en que fue cometido así como su responsabilidad o no en su comisión.

En otras palabras, es por excelencia el periodo probatorio dentro del procedimiento penal, cuya finalidad es la ilustración del juez para que esté en aptitud de conocer la verdad histórica de los hechos que tiene a su conocimiento.

Del mismo modo, durante la instrucción, el tribunal que conozca del asunto deberá tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, así como datos para conocer su edad, educación e ilustración, sus costumbres y conductas anteriores, los motivos que lo impulsaron a delinquir, sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba al momento de la comisión del delito, entre otros; además, el tribunal deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Una vez que se hayan desahogado todas las pruebas, se declarará cerrada la instrucción. Los efectos de esa determinación son los siguientes: se inicia otro procedimiento penal (primera instancia) y se ponen los autos a la vista del Ministerio Público para que formule por escrito, sus conclusiones definitivas.

1.7 Conclusiones.

En el procedimiento sumario, se concentran en una sola audiencia; mientras que en procedimiento ordinario, el periodo de juicio inicia con el auto que declara cerrada la instrucción y manda poner los autos a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días cada uno, para la formulación de conclusiones.

Éstas habrán de presentarse por escrito, en ellas, el Ministerio Público al formularlas hará una breve exposición de los hechos conducentes, realizando

proposiciones concretas de los hechos punibles que se atribuyen al acusado, citando los elementos de prueba relativos a la comprobación del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño.

En tanto que las conclusiones de la defensa no se sujetan a ninguna regla especial, pues si no las formula dentro del término concedido para ello, se le tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

La no formulación de conclusiones por el Ministerio Público, no constituye abandono de la acción penal, pero por disposición de la ley, habrá de darse vista al Procurador General de la República respecto de dicha omisión, para que sea esa autoridad quien formule u ordene a quien corresponda la formulación de las conclusiones pertinentes, dentro del plazo de diez días.

Tales conclusiones pueden ser de la forma siguiente:

- a) Acusatorias;
- b) Inacusatorias; y,
- c) Contrarias a las constancias procesales.

Si las conclusiones son de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el juez, señalando en qué consiste la contradicción, cuando este sea

el motivo de la remisión, dará vista al Procurador de Justicia, para que las confirme, modifique o revoque.

El Procurador de Justicia o Subprocurador que corresponda, oirán el parecer de los agentes del Ministerio Público auxiliares que deban emitirlo y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya dado vista del proceso, resolverá sin son de confirmarse o modificarse las conclusiones.

1.8 Vista de la causa.

La audiencia de juicio o de vista de la causa tiene por objeto que las partes se hagan oír por el órgano jurisdiccional; ésta fija definitivamente la litis, y por ende, no puede concebirse sino con posterioridad a la formulación de conclusiones.

1.9 Sentencia.

Es el acto decisorio, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley. La sentencia se dictará en la audiencia de juicio, o dentro de cinco días, si se ha seguido el procedimiento sumario, o dentro de los diez días siguientes, si se tramitó por la vía ordinaria.

La naturaleza de la sentencia penal es mixta. Como la acción penal es en términos generales de condena, pero, al propio tiempo, declarativa, puesto que declara la responsabilidad penal, que es, en definitiva, el antecedente de la condena, es decir, de la actualización de la conminación penal sobre el sujeto pasivo de la acción.

La sentencia es el acto decisorio culminante de la actividad del órgano jurisdiccional, en cual resuelve si actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal la conminación penal establecida por la ley y ésta a su vez, es resultado de tres momentos: de crítica, que es eminentemente filosófico y consiste en la operación que realiza el juez para formarse la certeza; de juicio, cuya naturaleza lógica, que consiste en el raciocinio del juez para relacionar la premisa que es la norma, con los hechos ciertos; y, finalmente, de decisión, cuya naturaleza es jurídico-política, y consiste en la actividad que lleva a cabo el juez para determinar si sobre el sujeto pasivo de la acción penal se actualiza el deber jurídico de soportar las consecuencias del hecho.

A grandes rasgos, hemos estudiado las fases en que se divide nuestro proceso penal mexicano; lo cual, con posterioridad, nos permitirá ubicar con claridad la importancia de la figura jurídica materia del presente trabajo, así como el alcance jurídico que tiene al ser motivo de valoración en una sentencia definitiva.

Enseguida abordaremos algunos antecedentes del fenómeno delincinencial del que tanto se habla recientemente: la delincuencia organizada.

1.9 Antecedentes y evolución de la criminalidad organizada.

Para establecer los antecedentes del crimen organizado, es necesario establecer que cuando hablamos de *delincuencia organizada*, nos referimos a un fenómeno que se caracteriza por ser evolutivo, mutable e incluso polifacético; características que de uno u otro modo, hacen difícil su estudio.

Por ello, se tiene que recurrir a la historia y a la criminología para conocer las causas del nacimiento y la evolución del fenómeno que analizamos, indagando qué características posee para en esa medida, conceptualizarlo y así conocer la trascendencia del problema.

Las actividades desplegadas por los grupos delictivos son variadas: tráfico de drogas, tráfico ilegal de armas, juego ilícito, extorsión, secuestro, terrorismo, trata de personas, robo y tráfico de automóviles y autopartes.

Entonces, el nacimiento del crimen organizado no se puede fijar históricamente en una fecha y lugar determinado, pues este fenómeno deriva de una serie de acontecimientos de índole políticos, económicos, sociales y culturales que han evolucionado de modo paulatino, y que de algún modo, siguen cultivando la modalidad delictiva materia de estudio en diversos puntos geográficos.

También podemos mencionar como antecedente que en diversas épocas y lugares, en las sociedades rurales de campesinos, los bandidos eran plenamente apoyados por la sociedad local, ya que eran vistos como defensores de la justicia en contra de la nobleza del lugar. Esos bandidos se agrupaban en "*cuadrillas*" que tenían un número reducido de integrantes.

Del ejemplo anterior podemos advertir que en los tiempos antiguos el ambiente político, económico e incluso social era inestable, lo que provocaba molestias entre la población y el rechazo hacia quienes ostentaban en poder, lo que ayudaba de algún modo a todos los que iban en contra del sistema.

Entonces, aunque los antecedentes remotos no permiten establecer de forma clara y precisa el nacimiento exacto de una organización criminal bien delimitada, lo cierto es que al menos constituyen un principio de lo que ahora

conocemos como “*delincuencia organizada*”.

La delincuencia organizada contemporánea nació en los países con instituciones mermadas, que se caracterizaban porque existía falta de autoridad o bien, ésta tenía poca credibilidad. Dentro de la geopolítica nacional, el crimen organizado se gestaba en donde el control de los recursos naturales y de las zonas geográficas críticas constituía la clave para su desenvolvimiento.

Resta decir que cuando hablamos del fenómeno de la delincuencia organizada, hablamos de un fenómeno que daña y pone en peligro bienes jurídicos de vital importancia, como la vida, la libertad, la salud pública, la integridad de las personas, sólo por citar algunos de los más importantes. Para su estudio, es necesario recurrir a diversas ciencias, por ejemplo, la Criminología, que ha pretendido identificar las categorías delictuosas a partir de determinados rasgos esenciales: de ahí que hay quienes afirman que existe una delincuencia natural, irrevocable y también una delincuencia "*artificial*", que lesiona o pone en peligro bienes emergentes, cuya identidad depende de las condiciones de la vida social en un tiempo y espacio determinado.

1.9.1 Concepto de delincuencia organizada en el ámbito nacional.

Desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se define lo que debe entenderse por delincuencia organizada, que consiste en una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia (artículo 16 Constitucional, párrafo noveno).

La definición en la propia Constitución de esta figura, se dio con motivo de la incorporación del arraigo como medida para lograr el éxito de la investigación en los delitos de delincuencia organizada, en virtud de la reforma a la Constitución mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y de la cual hablaremos con posterioridad.

Con base en esta reforma constitucional, también fue reformado el artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, éste mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009. Ese precepto prácticamente reitera lo que la Constitución define acerca del concepto de delincuencia organizada.¹

¹ Antes de la reforma, el artículo 2° de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establecía: "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas de otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de delincuencia organizada".

Es así, pues establece que cuando tres o más personas se organicen de hecho 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 delitos que enseguida se mencionan, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

1.10 Elementos del cuerpo del delito de delincuencia organizada

Los elementos del cuerpo del delito de delincuencia organizada, son los siguientes:

- a) Tres o más personas se organicen;
- b) Esa organización sea para realizar en forma permanente o reiterada determinadas conductas;
- c) Tales conductas, por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado, entre otros, la realización de un delito;
- d) Las personas que desplieguen las citadas conductas, en este caso, no tengan funciones de administración, dirección o supervisión en esa organización.

Respecto del último elemento del delito, podría considerarse como una calificativa, la cual debe precisarse incluso desde el momento en que se dicta la orden de aprehensión, si así estuviera demostrado.

Así, el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo, pues existe con independencia del delito cometido o que pretendía cometer la organización criminal. De manera que no es indispensable la consumación de diversa conducta para que la delincuencia organizada se considere y se sancione como tal.

En otras palabras, es un delito de naturaleza formal, pues el núcleo del tipo se concentra en el hecho de que tres o más personas se organicen, bajo la acción consciente y voluntaria para participar con el fin de cometer determinada clase de delitos, con independencia de que éstos no llegaran a consumarse e independientemente de la temporalidad con la que se organicen o acuerden organizarse (permanente o reiterada), o del número de delitos cometidos, pues bastará con acreditar la comisión de un solo delito, bajo ciertas circunstancias peculiares, para tener por demostrado el delito de delincuencia organizada.

Por tal motivo, el delito de delincuencia organizada es de naturaleza plurisubjetiva, puesto que requiere de un número mínimo de activos, que es de tres, con la finalidad de realizar conductas por sí mismas, o bien, unidas a otras; regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno de los delitos que limitativamente se precisan.

Además, se requiere de un elemento subjetivo específico (distinto al dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede considerarse como aquéllos que la doctrina denomina “*de resultado anticipado o cortado*” puesto que para su configuración es irrelevante, el que se logre o no la consumación, materialización o simplemente, la exteriorización de las conductas que pudiera integrar a los diversos delitos que conforman la finalidad perseguida por la organización. Pero también, sin lugar a dudas, es un delito doloso, y éste abarca el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor a aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.²

1.13 Repercusión de la delincuencia organizada en el proceso penal.

Tomando en consideración que es el proceso penal el medio más idóneo y eficaz para resolver problemas delictivos, es necesario también puntualizar que esa eficacia se ve considerablemente desgastada cuando factores externos alteran su desarrollo normal.

El proceso penal debe ser analizado desde dos perspectivas distintas:

² Texto de la tesis de jurisprudencia II.2°.P J/22 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, cuyo rubro es: “*DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.*” Publicada en la página 1194, tomo XXIV, septiembre de 2006, Materia Penal, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

desde la nacional e internacional; las cuales no deben concebirse como opuestas, sino de manera coordinada, pues de otro modo, el proceso penal podría perder su eficacia, y de las cuales, únicamente estudiaremos la primera, por ser la que interesa para efectos del presente trabajo de investigación.

Como hemos dicho, la delincuencia organizada provoca grandes problemas al desenvolvimiento y correcto funcionamiento del proceso penal. Es por ello que paulatinamente, los países han ido adoptando medidas y mecanismos excepcionales, lo que da lugar a "*procedimientos especiales*", como lo menciona el autor Jorge Alberto Silva Silva³, con la finalidad de conseguir un adecuado funcionalismo, y con ello, un correcto enjuiciamiento ante este fenómeno delictivo.

En nuestro país, el ocho de noviembre de 1996 entró en vigor la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, disponiendo de particularidades o modalidades en relación con el Código Federal de Procedimientos Penales, y éste último ordenamiento, en razón de su carácter federal, es de aplicación supletoria a lo no previsto en la ley especial mencionada (Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada), la cual establece preceptos específicos encaminados a la investigación de la delincuencia organizada, detención y retención de indiciados, a la reserva de las actuaciones en la averiguación previa, cateo e intervención de

³ En su obra Derecho Procesal Penal, Editorial Harla; México, 1990, p. 383.

comunicaciones privadas, aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, y para lo que al presente trabajo importa, a la protección de personas, es decir, jueces, peritos, testigos, víctimas, entre otros así como la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada y las reglas de valoración de las pruebas.

En conclusión con lo anterior, podemos afirmar que las medidas para adaptar el proceso penal a la realidad dinámica y cambiante pueden formularse por distintas vías, por ejemplo, otorgar una variación en la competencia por razones de complejidad y por tratarse de asuntos de gran importancia, adoptar medidas cautelares de carácter personal o real ante el temor fundado de que el probable responsable se sustraiga al proceso o se deshaga de los bienes obtenidos de forma ilícita así como diversas medidas para la protección de fuentes probatorias, la cual puede darse a la parte acusadora, al arrepentido, al juez o sus auxiliares, al testigo o cualquier colaborador con la justicia, a los agentes infiltrados o al perito.

Por ejemplo, en el caso de nuestro país, en donde los procesos penales federales por delitos en materia de delincuencia organizada son competencia preferente de ciertos tribunales, los cuales, en su mayoría se encuentran aledaños a los Centros Federales de Readaptación Social, con la infraestructura necesaria para albergar a delincuentes de alta peligrosidad, como el caso del CEFERESO

número 1 “*Altiplano*” en Almoloya de Juárez, Estado de México, el Centro Penitenciario de la Zona Metropolitana de Guadalajara, Jalisco, y de reciente creación, el CEFERESO ubicado en Cerro de León, municipio de Villa Aldama, Veracruz, sólo por citar unos ejemplos.

Entonces, todas las medidas adoptadas por los Estados con la finalidad de adecuar el proceso penal a las exigencias del fenómeno de la delincuencia organizada tienen un importante objetivo para el correcto y eficaz funcionamiento procesal; sin embargo, son de vital importancia las medidas que se pueden adoptar en relación con los testigos, por ser éstos quienes frecuentemente proporcionan elementos probatorios de trascendencia para el proceso penal, además de que mediante su colaboración es posible conocer de manera más real a las diversas organizaciones criminales, esto es, su estructura, su *modus operandi*, el material o los recursos con los que realizan sus actividades, así como las personas que participan y dirigen la organización. Pero de manera preponderante y por la importancia que el tema reviste, lo que aquí nos interesa son todas aquéllas personas que eventualmente puedan rendir una declaración en relación con hechos delictivos propios del fenómeno de la delincuencia organizada, a través de las distintas etapas procedimentales.

CAPÍTULO 2. MARCO HISTÓRICO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

2.1 Concepto de Derecho Procesal Penal.

En general, el proceso penal ha sido definido por una gran cantidad de autores en todo el mundo, sin embargo, únicamente estudiaremos las definiciones de unos cuantos. Verbigracia, Manzini⁴ estableció “*el Derecho Procesal Penal es un conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, en que se funda la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal sustantivo*” .

Por su parte, Javier Piña y Palacios⁵ dice que es “*la disciplina jurídica que explica el origen función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el cuántum de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la Ley Penal*”.

El autor Manuel Rivera Silva⁶ afirma que “*es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tienen por objeto*

⁴ MANZINI, Derecho Procesal Penal, V.I., p. 107. Editorial Egea, Buenos Aires.

⁵ PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Derecho Procesal Penal*, p. 7, Editorial Porrúa, S.A., México 1948.

⁶ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal Mexicano*. P. 27, Editorial Porrúa S.A., México 1974.

determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso, aplicar la sanción correspondiente". De esta opinión obtenemos la idea de que mediante al proceso se pueden establecer qué hechos pueden ser considerados como delitos, y una vez analizados, habrá de aplicarse a los autores la sanción que corresponda, la cual necesariamente tiene que estar previamente establecida en la ley.

Además, siguiendo la opinión de Carlos Santana Oronoz,⁷ el proceso es *"el conjunto de actividades ordenadas en la ley, a efecto de determinar si el hecho imputado al acusado constituye o no delito, y como consecuencia, dictar la resolución que corresponda"*. De lo anterior, encontramos como elementos sustanciales los siguientes:

a) un conjunto de actividades, las cuales se encuentran reservadas a las partes y al juzgador, y que deben ser realizadas en forma técnica y no al azar;

b) que se encuentren ordenadas en la ley, es decir, que necesariamente deben estar instituidas en la ley, ordenando su ejecución en los casos que proceda, con la finalidad de integrar al proceso; y,

⁷ En su obra "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Limusa S.A. de C.V., México 1997, quinta reimpresión.

c) a efecto de saber si el hecho imputado constituye o no un delito, lo cual constituye la finalidad del proceso, pues la pena es la consecuencia de este proceso, tal como lo establece además el artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que de manera esencial dispone que la finalidad del proceso penal federal, que no es otra que la de resolver si un hecho o los hechos son o no delitos y determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal del o los acusados e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan.

El hecho o hechos a analizarse no pueden ser otros que el o los imputados por el agente del Ministerio Público de la Federación en el escrito de conclusiones acusatorias, en el que se finca la acusación de forma definitiva.

2.2 Fines del Derecho Procesal Penal.

En la doctrina se ha distinguido como fines del Derecho Procesal Penal los denominados “*generales*” y los “*especiales o específicos*”; los primeros hacen alusión a la tutela penal, a la búsqueda y realización de la justicia así como al logro del bien común, en tanto que los segundos se refieren a la aplicación de la ley a un caso concreto, y sobre este aspecto destacan cuatro propósitos:

1. Juzgar el hecho cometido.
2. Si lo ha realizado o no el acusado.

3. Declarar o no su responsabilidad; y

4. Declarar su eventual peligrosidad.

Por su parte, Kelsen señala como finalidad específica del proceso, la creación de la norma jurídica individual, esto es, la aplicación de la ley a un caso concreto.

De lo anterior, es factible sintetizar diciendo que el fin primordial del Derecho Procesal Penal se hace consistir en la declaración o emisión de una sentencia con la que determine si los hechos imputados a una persona constituyen o no delito, para imponer, en su caso, la sanción que corresponda.

2.3 Sistemas del procedimiento penal.

A continuación haremos un estudio de los principales sistemas en el procedimiento penal, resaltando brevemente algunas de sus características distintivas.

Sistema inquisitivo. Se caracterizó porque los intereses de la sociedad eran defendidos de forma exagerada, puesto que éstos predominaban sobre los intereses particulares; la defensa se encontraba bastante restringida, incluso, no existía entre las partes la contradicción, ni tampoco se ponía frente a frente al ofendido con el autor del delito. El Tribunal del Santo Oficio tomaba por sí sólo la

iniciativa y se dedicaba a buscar pruebas, examinar testigos y practicar todo tipo de investigaciones.

Sistema acusatorio. Se distingue por la libertad de acusación de la persona que sufría el daño, es decir, del ofendido o de sus familiares. Prevalció el interés particular sobre el general; existía la libre proposición de pruebas por las partes y libre apreciación de las mismas por el Juez, ya que éste sistema se caracterizaba por la regla de libertad que tenía el indiciado a lo largo del proceso y del procedimiento. Todo se llevaba a cabo en una forma oral y pública, pues la persecución de los delitos se dejaba al arbitrio de las partes, siempre y cuando interviniera el Estado para evitar que las personas se hicieran justicia por su propia mano; el juez era imparcial, únicamente se limitaba a autorizar las pruebas del indiciado y del ofendido. Las sentencias eran inapelables.

Sistema mixto. Se perseguía al delito y se juzgaba al probable responsable, ampliando su defensa, que podía solicitar todas las pruebas que le conviniera aportar, en cualquier etapa del proceso, hasta antes de que se dictara la sentencia, además de que dicha sentencia podía ser impugnada. Como característica distintiva del sistema podemos mencionar que rigió la aceptación amplia de los medios probatorios en cualquier momento del proceso, hasta antes de que se pronunciara la sentencia correspondiente.

2.4 Fundamentos constitucionales del proceso penal.

Como es sabido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende dos partes: la primera, denominada dogmática, que es la que comprende las garantías o derechos humanos, y la segunda, llamada orgánica que establece los órganos de la federación y su competencia.

Las garantías constitucionales en materia procesal penal se agrupan en dos categorías: las generales cuya función es proteger aspectos concernientes a todos los hombres dentro de una porción de territorio específica, por ejemplo, el derecho de reunión o de petición; y la segunda, que son las garantías que directamente se encuentran relacionadas con el procedimiento penal, ya que la verdadera garantía constitucional no reside en el hecho de que esté consagrada en la ley fundamental, sino en que sea respetada la aplicación del recurso dado en la ley, haciéndola efectiva. A continuación analizaremos brevemente algunos de los artículos más importantes dentro del proceso penal.

“Artículo 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los

términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.

Lo que se obtiene de dicho precepto es que ninguna persona podrá ser obligada a desempeñar trabajos personales, pues incluso tampoco puede ser impuesto como una pena, en virtud de que no se encuentra establecido como tal en el Código Penal, no obstante a que eventualmente sus derechos laborales pueden ser restringidos mediante resolución judicial o cuando se perjudiquen los derechos de otra persona.

“Artículo 13. *Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la*

autoridad civil que corresponda”.

Al respecto, es importante mencionar que una de las características de la ley es que su aplicación es de manera general, esto es, para todas las personas que se ubican en el supuesto que establece; además de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, pues aquéllos tienen una finalidad específica ya que fueron creados para el conocimiento de determinados casos y dotados de competencia para decidir en torno a dichas cuestiones, como en el caso de los tribunales militares, cuyo objetivo es juzgar aquéllas conductas delictivas cometidas por los elementos del Ejército Mexicano en ejercicio de sus funciones, e imponer las penas correspondientes, con arreglo a sus propias leyes militares.

*“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
[...]”*

Los antecedentes conocidos de la garantía de irretroactividad de la ley se encuentran en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, así como en la Novísima Recopilación, que establece la idea de que si el carácter obligatorio de una ley comienza desde el momento de su promulgación sus efectos deberán ser hacia el futuro, dejando como única excepción que pueda modificar o regir situaciones del pasado, lo que indudablemente traería consigo inseguridad jurídica; por lo que únicamente es permitido que tenga efectos hacia el pasado en caso de que se beneficie al reo.

*“Artículo 14. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.
[...].”*

Esta parte del precepto materia de estudio establece que para que una persona sea despojada de sus derechos, previamente debe llevarse a cabo un juicio, siendo éste el único medio para ello, y en el que se observarán todos los requisitos establecidos en la propia ley, lo cual encierra la garantía de debido proceso, en la que se establece que deberán ser observadas las formalidades esenciales del procedimiento, esto es, el juicio se llevará a cabo con estricto apego a las disposiciones contenidas en la ley que regule el procedimiento de que se trate, desde luego, para garantizar que los derechos procesales de los gobernados sean respetados y que la autoridad actúe bajo un marco de legalidad, con obligaciones también establecidas clara y precisamente en la ley, así como responsabilidades en caso de incumplimiento.

Continuando con el análisis del párrafo materia de estudio, se estipula que los tribunales ante los cuales se habrá de substanciar el juicio deben estar previamente establecidos, lo que nos remite a la garantía analizada con anterioridad, esto es, que nadie puede ser juzgado en tribunales especiales, pues para ello, el Estado habrá de instituir órganos competentes y especializados para dirimir las controversias que ante ellos se presenten, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica de los gobernados. De lo anterior obtenemos también el

concepto de proceso, que es precisamente, una serie de actividades que realizan las partes, las cuales se encuentran establecidas y reglamentadas en las zonas procesales.

“Artículo 14. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

El párrafo tercero de este artículo comprende lo que doctrinariamente se denomina “*principio de la exacta aplicación de la ley penal*”, esto quiere decir que no se podrá imponer una pena si ésta no se encuentra en relación directa con el delito imputado y además si no se encuentra debidamente establecida en la ley, esto es, para que proceda la imposición de una pena, el juzgador se debe ceñir única y exclusivamente a lo que el legislador plasmó en el texto de la ley, y no deberá ir más allá de lo establecido por ésta; actuar de otro modo, violentaría este principio, pues la decisión del juez realmente quedaría a su libre arbitrio, sin encontrar ningún límite en la ley y no sólo eso, sino que estaría legitimado para imponer cualquier pena aunque no tuviera ninguna relación con la conducta delictiva cometida.

Luego, en relación con la analogía a que se refiere el artículo 14 Constitucional, quiere decir que tampoco se podrá sancionar una conducta que no

se encuentre claramente tipificada como delito, sólo porque tenga semejanza con alguna conducta diversa que sí sea catalogada como un delito. Me parece que esta garantía es de suma importancia en el proceso penal, ya que la deficiencia de las autoridades podría ser subsanada si este principio no fuera observado, porque bastaría con que hubiera datos suficientes para pensar que una persona es responsable en la comisión de un determinado delito, pero si durante la secuela procedimental ese delito quedó desvirtuado, de nada serviría pues la autoridad podría, sin limitación alguna, encuadrar la conducta en alguna otra y sancionarla únicamente por tener semejanza con aquélla, lo que evidente iría en detrimento de la persona procesada, pues sería muy difícil comprobar su inocencia ante la amplia facultad otorgada a la autoridad para punir una conducta aparentemente delictuosa, aunque no éste contemplada expresamente como tal.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado estableciendo que *“el significado y alcance de esta garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el*

*desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa*⁸.

Apreciación que me parece acertada, ya que de nada serviría que la garantía de exacta aplicación de la ley penal únicamente fuera observada por el órgano jurisdiccional pues también es importante que el poder legislativo emita normas claras que verdaderamente constituyan una pauta para que el juzgador pueda aplicarlas tal y como se encuentran en la ley y así, evitar que eventualmente se violenten garantías a los gobernados.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

⁸ Tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, materia penal, publicada en la página 84, tomo XXIII, Marzo de 2006, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

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.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculgado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, 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.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

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 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 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.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

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 autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”.

En este artículo consagra la garantía de legalidad, que en términos generales se conceptualiza como una exigencia esencial para establecer, sobre bases objetivas, la racionalidad y legalidad de los actos de la autoridad que permitan al afectado conocer las causas y motivos de la decisión a efecto de que esté en aptitud de impugnarla, y al órgano encargado de resolverla el análisis de la cuestión discutida.

El primer párrafo se refiere a la coerción personal, que son ciertas medidas

que pretenden, por una parte, evitar que los delincuentes pongan obstáculos a la averiguación, ya sea desvirtuando los hechos o interponiendo dificultades para la investigación.

Las medidas de coerción personal se oponen a la libertad personal del individuo, en tanto que ésta se ve amenazada frente a la realidad del derecho punitivo, por lo que se ha tratado de regular esta situación, sin que hasta la fecha haya sido posible unificar criterios al respecto. Las molestias ocasionadas a las personas en su libertad únicamente pueden estar justificadas cuando existe la orden de la autoridad competente para ello, ya sea por el juez al momento de librar una orden de aprehensión, desde luego, siempre y cuando se haya ejercitado la acción penal en su contra y además se hayan cumplido a cabalidad todos los requisitos de ley; o bien, por el Ministerio Público al momento de detener a una persona en flagrancia delictiva.

Por otra parte, la motivación a que alude el numeral en estudio, se refiere a que es obligación de la autoridad expresar exhaustivamente las razones o motivos que lo han conducido a resolver un asunto de tal o cual forma; en tanto que la fundamentación hace referencia a que los argumentos esgrimidos se deben encontrar apoyados en determinados dispositivos legales, los cuales también deben ser citados por el juzgador. Así, se produce la falta de fundamentación y motivación, cuando se omite expresar el precepto legal aplicable al asunto y las

razones que se hayan considerado para estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica. En cambio, hay una indebida fundamentación cuando en el acto de autoridad sí se invoca el precepto legal, sin embargo, resulta inaplicable al asunto por las características específicas de éste que impiden su adecuación o encuadre en la hipótesis normativa; y una incorrecta motivación, en el supuesto en que sí se indican las razones que tiene en consideración la autoridad para emitir el acto, pero aquéllas están en disonancia con el contenido de la norma legal que se aplica en el caso.

“Artículo 19. *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

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

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.

De la lectura del precepto constitucional anterior se desprende que la finalidad del constituyente fue proteger durante todo el procedimiento a las personas que se encuentran sujetas a un proceso penal, partiendo del principio de presunción de inocencia, lo que quiere decir que toda persona es inocente hasta en tanto no se demuestre lo contrario.

De igual modo, impone al juzgador a resolver la situación jurídica de un indiciado dentro del plazo de setenta y dos horas, de las cuales, dentro de las cuarenta y ocho primeras se deberá recabar al indiciado su declaración preparatoria con las formalidades de ley.

Uno de los actos procedimentales más importantes es el auto de formal prisión o sujeción a proceso, sin el cual no puede nacer el proceso, ya que es precisamente en esta determinación en donde, con base en los elementos que

existan en la averiguación previa, deben quedar comprobados de manera probable, los elementos del cuerpo de delito así como la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, además, es en el auto de formal prisión donde se establece el delito o delitos por los cuales se instruye el proceso, dando así oportunidad al procesado para que aporte los medios de convicción que estime pertinentes con la finalidad de demostrar su inocencia.

Finalmente, estudiaremos uno de los preceptos constitucionales más importantes, el artículo 20 de nuestra carta magna, ya que en él se establecen los derechos y garantías que la ley reconoce a favor del reo así como de la víctima o del ofendido.

“Artículo 20. *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo

testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

Pues bien, de la transcripción del artículo anterior, podemos advertir que dicho precepto constitucional (como la mayoría de los transcritos en los párrafos que preceden) fueron materia de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de 2008, que tienen como finalidad la entrada en

vigor de los juicios orales; sin embargo, por el momento, no abordaremos más allá dichas reformas, ya que ello es materia de estudio del capítulo siguiente. Entonces, tomando únicamente en consideración lo relativo a las garantías con las que cuenta toda persona procesada, y las cuales aún hoy tienen aplicación en los procesos penales, podemos destacar las siguientes, sin que ello implique que se encuentren enunciadas en atención a su importancia:

1. Siempre que lo solicite, será careado con quienes depongan en su contra;

2. Se le recibirán todos los testigos y pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite;

3. Será sentenciado antes de un año, dada la penalidad del delito (sin perjuicio de que pueda ofrecer pruebas en su favor, que requieran de más tiempo, si así lo desea);

4. Le serán facilitados todos los datos necesarios que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

5. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios a defensores o por cualquier otra prestación de dinero, que derive de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo;

6. Tampoco podrá prolongarse la prisión o detención preventiva por más tiempo del que, como máximo fije la Ley que motiva el proceso;

7. En caso de ser sentenciado a una pena de prisión, se tomará en cuenta el tiempo de la prisión preventiva, y

8. Nunca será obligado a declarar en su contra, incluso puede o no declarar.

En efecto, las garantías descritas con anterioridad tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica de los procesados, a efecto de que sus derechos fundamentales sean respetados en cualquier etapa del procedimiento y con ello, dentro del marco legal, tengan la debida oportunidad de defenderse de la acción procesal enderezada en su contra por el Ministerio Público, aportando todas las pruebas que estimen convenientes a fin de demostrar su inocencia.

Como se verá con posterioridad, para los efectos del presente trabajo, tomaremos en consideración principalmente la garantía del inculpado relativa al derecho que le asiste de conocer el nombre de su acusador, el delito que se le imputa e incluso, a carearse con esa persona, si así lo desea.

2.5 Garantías constitucionales de carácter procesal penal.

En este apartado estudiaremos las garantías del hombre contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que revisten el carácter de formalidades esenciales del procedimiento penal.

Cabe hacer mención que aunque las garantías procesales en materia penal son amplias, únicamente nos enfocaremos a aquellas que directa o indirectamente se relacionan con la garantía de defensa, que es precisamente aquella que tiene mayor relación con la figura jurídica del testigo protegido o “*testigo colaborador*”, y que en definitiva constituye el objeto de análisis de este trabajo.

Precisado lo anterior, es menester ahora emprender el estudio de las garantías constitucionales de carácter procesal penal.

2.5.1 Derecho de defensa.

Primeramente, el derecho de defenderse es aquella facultad que tiene el procesado para oponerse a la acusación realizada en su contra por mandato constitucional en forma monopólica, por el Ministerio Público, según lo dispuesto por el artículo 21 de la ley fundamental, para lo cual se encuentra en aptitud de allegar al procedimiento todos los medios de convicción que estime prudentes, siempre y cuando sean conducentes, y a juicio del juez o tribunal, no vaya en

contra del derecho⁹, esto es, que no tendrán la calidad de prueba aquéllas que expresamente prohíbe la ley.

Tiene aplicación a lo anterior, la tesis aislada siguiente:

“PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROCESO PENAL. SU ALCANCE. *En el proceso penal, el equilibrio de los sujetos procesales es de suma importancia, pues deben concedérseles iguales condiciones procesales de manera que ninguno quede en estado de indefensión, y si bien es cierto que este principio no está previsto expresamente en algún numeral concreto del Código Federal de Procedimientos Penales, también lo es que se consigna implícitamente en su artículo 206, en cuanto prevé que todo aquello que se ofrezca como prueba -en términos del artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008- debe admitirse, siempre y cuando sea conducente y no vaya contra derecho a juicio del juez o del tribunal, lo que significa que los medios probatorios ofrecidos por ambas partes procesales deben valorarse con el mismo estándar o idénticas exigencias de juicio para generar convicción. Así, cuando la información que brinda un medio probatorio es imprecisa, parcial o genera duda porque adolece de claridad y da lugar a que el juez le reste valor, no es válido que tal estándar sólo aplique para una de las partes, ya que el mérito o valor de convicción del medio probatorio está sujeto a la libre apreciación del juez, pero es inadmisibles que los medios de prueba de la misma índole -ofrecidos por ambas partes- tengan un estándar de valoración distinto, según se trate del actor o del demandado, del órgano ministerial o del acusado, pues ello atentaría contra las garantías de justicia imparcial, de equidad procesal y de correcta fundamentación y motivación”.*¹⁰

La tesis anterior nos ilustra con mayor claridad lo que debemos entender porque a juicio del tribunal o juez, una prueba pueda ser calificada de inconducente, que quiere decir que los medios de convicción que sean aportados

⁹ Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice: “Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad”.

¹⁰ Tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 440, tomo XXX noviembre de 2009, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, en materias Constitucional y Penal.

por ambas partes (acusado y acusador) deberán ser valorados a luz de las mismas consideraciones (por ejemplo, verosimilitud, congruencia, coherencia y acorde con el sentido común, por citar sólo unos ejemplos), sin que sea admisible que la valoración se realice de forma distinta, pues con ello se transgrediría la garantía de justicia imparcial, en detrimento de alguna de las partes.

Continuando con el estudio del derecho de defensa, del cual a su vez se derivan una serie de derechos igualmente contemplados en la Constitución Federal, por ejemplo:

1. El derecho a ser informado de la acusación.
2. El derecho a rendir declaración.
3. El derecho a ofrecer pruebas.
4. El derecho a ser careado.
5. El derecho a tener defensor.

Pero es pertinente aclarar que esta facultad tiene aplicación tanto en la etapa de la averiguación previa así como durante el proceso seguido ante el juez, en las cuales el procesado, por su propio derecho o por conducto de su defensor, estará en posibilidad de ejercer su derecho de defensa. En la opinión del autor Jorge Alberto Mancilla Ovando, en su obra *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, el Ministerio Público recibirá las pruebas que se ofrezcan durante la etapa de la averiguación previa, y además, tiene la obligación

procesal de ordenar su desahogo, siempre y cuando se encuentre dentro del término prudente para ello, pues la valoración correspondiente tendrá que ser realizada al momento de elaborar el pliego de consignación o de ser el caso, de no ejercicio de la acción penal.

En mi opinión, contrario a lo anterior, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 14, se establece lo siguiente:

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

Entonces, el precepto anterior establece una restricción al derecho de defensa que ahora se analiza, pues la legislación especial prohíbe la identificación del testigo cuando se encuentre en peligro la integridad física de la persona por ser miembro de la delincuencia organizada, situación que impide durante la averiguación previa ofrecer como medio de prueba la ampliación de su testimonio o en su caso, la práctica de los careos con el indiciado.

A primera impresión, parecería que el artículo 14 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es inconstitucional, pues riñe con el derecho del

procesado para ofrecer pruebas; sin embargo, no menos cierto resulta que dicho precepto legal da origen a una figura jurídica de reciente creación, el testigo protegido, la cual, si bien es cierto hasta hoy día presenta grandes irregularidades en su aplicación, no por ello resulta menos cierto que constitucionalmente se encuentra reconocida, principalmente, con las aludidas reformas a nuestra carta magna realizadas en el año 2008, y las cuales estudiaremos con posterioridad.

Pero retomando el tema que nos ocupa (la garantía de defensa), aunque ésta resulta ser amplia, no constituye una garantía absoluta para el procesado, que pueda ser ejercida a su capricho y en el momento en que así lo decida, pues encuentra sus limitantes en la ley procesal de la materia, que si bien establece que el procesado tiene amplia libertad para ofrecer todas las pruebas que estime necesarias, su derecho se encuentra circunscrito a que debe ser ejercido en los términos y plazos establecidos por la legislación, fuera de los cuales no podrá ser admitido ningún medio de convicción, excepto aquéllos que por su naturaleza no hubieran podido ser ofrecidos con antelación (por ejemplo, pruebas supervenientes).

2.5.2 Derecho a ser informado y a rendir declaración.

La primera garantía consagrada en favor del procesado consiste en que se

le haga saber la naturaleza o la causa de la acusación; omitir tal circunstancia sería tanto como dejarlo en un estado de indefensión tal que no le permita defenderse de los cargos que pesan en su contra.

Pero además, el artículo 20 constitucional establece que *“le serán facilitados todos los datos que necesite para su defensa y que consten en el proceso”*, lo cual prohíbe que las actuaciones se mantengan en sigilo (excepto cuando se trate de asuntos que por su naturaleza así lo requieran, como las órdenes de aprehensión por ejemplo); así, tanto el procesado como su defensor tienen acceso a todas las constancias que existan dentro del proceso penal.

De igual modo, el numeral materia de estudio establece que se hará saber al reo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, el contenido, nombre de su acusador, así como la naturaleza y el motivo de la acusación, lo cual tiene la finalidad de que aquél conozca el hecho que se le imputa y en esa medida, se encuentre en condiciones de defenderse.

Es preciso señalar, siguiendo la opinión de Jesús Zamora Pierce, en su obra *Garantías y proceso penal*, que al referirse el constituyente a *“la naturaleza y*

causa de su acusación” se hace alusión al delito por el cual se consignó ante la autoridad judicial así como a las pruebas y razones que sirvieron como base para hacer probable la responsabilidad penal del imputado en la comisión del injusto que se le atribuya.

Tales circunstancias son informadas al procesado al momento de recabar su declaración preparatoria, y es en esta audiencia pública, donde se encuentra en condiciones de contestar la acusación que pesa en su contra; diligencia que se llevará a cabo observando todas y cada una de las formalidades que establece la ley: por ejemplo, que sea en audiencia pública, posterior a que se le haya proporcionado la información atinente al hecho delictivo que se le atribuye y además, una vez que haya designado defensor que lo asista en la instancia.

Tiene aplicación a lo anterior, la tesis aislada cuyo rubro y texto expresan:

“DECLARACION PREPARATORIA, CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES EN LA. *Viola garantías la omisión en que incurre el juez instructor, por no observar lo dispuesto en la fracción III del artículo 20 constitucional en el sentido de que, dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a la consignación del detenido, deberá tomársele declaración preparatoria, expresándose claramente el hecho punible por el que se le acusa y el nombre del acusador, para que pueda declarar conforme a los hechos y, posteriormente, resolver su situación jurídica en el término de ley; por lo que la falta de esas formalidades constitucionales causa perjuicio al inculpado, debiéndose declarar nulo lo actuado por el juzgador y reponer el*

procedimiento, para que se actúe de acuerdo con lo dispuesto en la ley”¹¹.

Lo anterior, nos permite apreciar que la observancia de las formalidades contenidas en la Constitución Federal al momento de la celebración de la declaración preparatoria constituyen un imperativo para la autoridad judicial (lo mismo que para el órgano técnico investigador al momento de recabar la declaración ministerial), y de no acatarlo, tal actuación carecerá de todo valor probatorio, pues incluso podrá ser causa de la reposición del procedimiento.

No obstante, a pesar de todas las garantías consagradas en favor de la persona procesada, éste se encuentra en toda la libertad de declarar de acuerdo a lo que a su defensa e interés corresponda, ya sea negando categóricamente los hechos o bien, manifestando sólo lo que a su interés corresponda y a su vez, negándose a responder las preguntas que se le formulen, por ejemplo, las del agente del Ministerio Público, ya que tampoco puede ser obligado a declarar en su contra, como se verá en el siguiente apartado.

2.5.3 Derecho a no ser compelido a declarar en su contra.

¹¹ Tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página 402, tomo XII, Agosto de 1993, Materia Penal, Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación.

Ésta garantía constitucional se encuentra establecida en la fracción II, del citado artículo 20 Constitucional, que establece:

“Artículo 20. [...]

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

[...]”

Pero el derecho a no declarar, al igual que el resto de las garantías, no solamente tiene aplicación durante la etapa de instrucción, ante el juez que conozca de la causa, sino que también deben ser observadas durante la etapa de la averiguación previa, ante el Ministerio Público Investigador; entonces, el indiciado posee el derecho constitucional a no declarar si así lo desea, además, todo acto de incomunicación, intimidación o tortura serán causa suficiente para invalidar el contenido de su declaración, con independencia de la responsabilidad de carácter penal o administrativa en que la autoridad pueda incurrir con motivo de la violencia o maltrato que eventualmente pudiera haber infligido al indiciado para obtener su confesión.

De igual forma, ante el órgano jurisdiccional el derecho a no declarar subsiste. Ni el juez ni las partes pueden obligar al procesado a declarar en su

contra. Al respecto, existe la siguiente tesis aislada pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y texto dicen:

“DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la garantía específica del derecho del inculcado de no declarar en su contra, la cual supone la libertad de aquél para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a guardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como la garantía que tiene todo inculcado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, carecerá de valor probatorio. De dicha garantía no se desprende que el inculcado esté autorizado para declarar con falsedad ante la autoridad, sino solamente a no ser obligado a declarar, pues de las exposiciones de motivos del referido artículo constitucional se infiere que lo que pretendió el Constituyente fue que el inculcado no confesara, por motivos de conveniencia, un delito que no cometió, o que su confesión fuera arrancada por tortura de parte de las autoridades, pretendiendo con ello la veracidad de dicha prueba confesional o, en su caso, que el inculcado tuviera el derecho de guardar silencio. Además, la referida garantía rige todo el proceso penal, incluida la averiguación previa, sin que existan limitaciones al respecto por parte de la ley secundaria, ello en términos del último párrafo del apartado A del artículo 20 constitucional.¹²

En esencia, la tesis anterior establece que la garantía constitucional antes mencionada otorga el derecho al inculcado para no declarar en su contra, lo que le otorga el derecho a rendir o no su declaración, de acuerdo a los intereses de su defensa, y no obstante, para el caso de que el procesado no quiera declarar, tal circunstancia no podrá ser tomada en su contra como dato, ni siquiera indiciario, de su responsabilidad en la comisión del delito que se le impute.

¹² Tesis aislada 1ª. CXXIII/2004, visible en la página 415, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, XXI, enero de 2005, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

De igual modo, esta garantía tutela también el derecho que el procesado tiene a ser asistido por un defensor al momento de que rinda su declaración, ya que establece que toda confesión que sea obtenida sin la presencia del defensor, carecerá de todo valor probatorio, lo cual me parece adecuado, ya que protege la libertad del inculpado para declarar con espontaneidad y sin coacción de ninguna especie, con la seguridad de que se encuentra asistido y que sus derechos fundamentales se encuentran protegidos.

Entonces, la finalidad que persigue esta garantía es resguardar la libertad del procesado para que la autoridad no pueda obtener confesiones mediante el uso de la violencia, intimidación o cualquier otra forma de tortura y así, se declare culpable o acepte su responsabilidad en la comisión de un delito, para lo cual además, es obligatorio para la autoridad que al momento de recabar la declaración del indiciado, se encuentre debidamente asistido por defensor que él mismo haya designado, o en su caso, por el defensor público adscrito, ya sea al propio órgano jurisdiccional o a la agencia ministerial.

2.5.4 Derecho a ser careado.

Al respecto, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, mediante el cual se reformó la fracción IV, del precepto

20 Constitucional que analizamos, para disponer ahora que siempre que así lo solicite, el procesado sepa careado en presencia del juez con quien deponga en su contra. De lo anterior se desprende, que el acusado necesita solicitar al tribunal el desahogo de los careos, para que éste le conceda este derecho; derecho del que además, si así lo desea puede renunciar.

Así, el legislador consideró necesario el derecho del procesado para carearse con las personas que hayan declarado en su contra, incluyendo al denunciante, querellante e incluso, al coacusado, cuya declaración constituye un testimonio, en la medida en que hace referencia a la conducta del procesado, con la finalidad de que el reo conozca a las personas que deponen en su contra y las cuestione sobre aspectos que resulten importantes para su defensa.

De acuerdo con el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito¹³, es preciso hacer una distinción entre las clases de careos contemplados en la legislación federal.

Primero, encontramos los **careos constitucionales**, los cuales principalmente constituyen una garantía para el acusado, con la finalidad de que

¹³ Tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página 1551, tomo XXVI, agosto de 2007, Materia Penal, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

conozca a las personas que declaran en su contra, y los cuestione en relación con la materia de la acusación.

Luego, tenemos a los **careos procesales** previstos por el artículo 265 del Código Federal de Procedimientos Penales, que constituye un derecho procesal, por lo que sólo procede a petición de las partes o de manera oficiosa y surge entre dos o más personas cuando existe contradicción sustancial en sus declaraciones, por lo que puede ser entre testigos o el inculpado con aquéllos, en este último supuesto siempre y cuando los testigos no depongan en su contra, y su finalidad es el esclarecimiento de los puntos de contradicción, aunque en los que intervenga el procesado deberá pedirse su consentimiento puesto que el juzgador no puede obligarlo a carearse.

Finalmente, el código procesal de la materia, en el artículo 268, dispone que en el supuesto de que no pueda obtenerse la comparecencia de alguna de las personas que deba ser careada, a pesar de haberse agotado todos los medios legales para obtener su comparecencia, se habrán de desahogar los **careos de manera supletoria** en el que dará lectura de la declaración del testigo ausente, precisando los puntos de contradicción y encaminando al testigo a presente a rebatir lo dicho por el que está ausente.

Sentado lo anterior, podemos sintetizar que el derecho constitucional en favor del acusado para carearse con quienes deponen en su contra, sólo puede ser ejercido por éste, sin que exista la posibilidad de que el juzgador oficiosamente ordene su desahogo, pues con ello, podría transgredir la garantía de no autoincriminación (o derecho a guardar silencio) que también establece la ley fundamental, de ahí que para que proceda tal medio de convicción, deberá mediar siempre petición expresa ya sea el inculpado o de su defensor.

Lo anterior, origina el nacimiento de figuras jurídicas similares como los careos procesales y supletorios, que habrán de tener verificativo, el primero, cuando se adviertan contradicciones sustanciales entre el dicho de sujetos procesales distintos al procesado (testigos o elementos policíacos, por ejemplo), y cuyo desahogo sí resulta imperioso, ya que en la búsqueda de la verdad histórica y el esclarecimiento de los hechos, es preciso dirimir todas las divergencias que existan, pues de no hacerlo, evidentemente se violaría la garantía de defensa en perjuicio del inculpado, en tanto que el segundo, observando los mismos lineamientos que el anterior, pero para el caso de que sea material y jurídicamente imposible obtener la comparecencia de la persona cuyo testimonio difiere con el de otra.

CAPÍTULO 3. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL OCHO.

Como consecuencia de los graves problemas que representa la delincuencia en nuestro país, el Estado Mexicano se vio en la necesidad de revisar su aparato punitivo con la finalidad de determinar la idoneidad o no de los medios disponibles para una lucha eficaz contra la delincuencia organizada. Ese aparato se encuentra integrado por una serie de medios legales e institucionales de los que dispone el Estado, con independencia de los trabajos de naturaleza preventiva, que sin lugar a dudas constituyen el mejor instrumento para evitar o reducir la delincuencia.

El Estado cuenta con instituciones destinadas a la prevención inmediata del delito, por ejemplo, las fuerzas de seguridad pública; a la investigación y persecución de los delincuentes, como los organismos de procuración de justicia y sus auxiliares; y al juzgamiento de los inculcados, como los juzgados y tribunales con atribuciones penales.

Es evidente que la eficacia de estas instituciones depende en una gran medida, de la probidad y competencia profesional de quienes laboren en ellas, de la dotación de recursos con que cuenten para el despacho de los asuntos y de la adecuada organización y administración que tengan.

En cuanto a la legislación de la materia, existía una doble posibilidad: por una parte, era posible actuar en el marco del sistema penal ordinario que comprende los aspectos orgánico, sustantivo, procesal y ejecutivo. Pero por otra, también era posible optar por un sistema especial que comprendiera diversos aspectos de la función punitiva estatal. Lo cual, también debía involucrar la suficiencia de las instituciones correspondientes, que traería consigo modificaciones más o menos profundas pero eso sí, muy relevantes en algunos principios, garantías y normas esenciales del sistema jurídico que hasta ese momento había prevalecido.

La opción que se eligió fue la segunda. La modificación constitucional y la nueva ley especial de la materia, las cuales estudiaremos en los capítulos que preceden; mismas que llegaron a construir un sistema jurídico penal especial, que dio inicio a la fractura del régimen tradicional, anclando en una larga evolución histórica y dotada de bastas garantías individuales (ahora derechos humanos) y colectivas.

Ahora sí, precisado lo anterior comenzaremos el estudio de las principales reformas constitucionales relacionadas con la figura objeto del presente trabajo: el testigo protegido.

3.1 Motivos que dieron origen a las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Penal en el año 2008.

En este capítulo estudiaremos, brevemente, los motivos principales que dieron origen a algunas de las reformas constitucionales realizadas a nuestra carta magna en el año 2008.

Previo a ello, considero importante mencionar, como acertadamente lo asevera el maestro Sergio García Ramírez, en su obra *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*, en el periodo comprendido de los años 1917 a 1993, no hubo reformas tan importantes y trascendentes como las que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Al inicio del año 2007, nuestro país se encontraba en una situación de criminalidad agravada, aunado a la impotencia estatal para controlar el fenómeno criminal que aumentaba día a día, por lo cual fueron adoptadas ciertas propuestas reformadoras a la Constitución, principalmente una especie de “*modelo*” de soluciones jurídicas aplicadas principalmente en los Estados Unidos de América.

En nuestro país, las propuestas de reforma se debieron a la necesidad de adoptar un nuevo aparato normativo para hacer frente al fenómeno delincencial, establecer condiciones razonables de seguridad pública, reducir la impunidad, abatir la corrupción y, de manera general, mejorar el desempeño estatal en relación a la prevención del delito y la impartición de justicia penal.

Así, a juicio del autor antes mencionado, se trata de una “*reforma histórica*”,

pues revisa cuestiones sobresalientes del sistema constitucional en materia de seguridad y justicia, para lo cual introduce cambios en diez preceptos constitucionales, de lo cual podemos destacar que la reforma constitucional ofrece bondades, suscita esperanzas y novedades procesales, empero, en la misma medida, contiene criterios preocupantes que incluso, podrían conspirar contra el sistema penal de la sociedad democrática, y por ende, poner en peligro sus derechos humanos.

Una reforma constitucional como la que se realizó a nuestro máximo ordenamiento debe ser analizada en función de la circunstancia que genera dicha modificación y la que se desarrolla, por lo que el análisis debe realizarse desde una perspectiva histórica, esto es, atendiendo a la raíz que la origina, pues en muchos casos el reformador construye sus proyectos sobre una base no acreditada, pues rara vez razona la insuficiencia de las disposiciones existentes en relación con la realidad que se pretende enfrentar con ellas, lo cual tiene como ineludible consecuencia que las normas jurídicas no satisfagan las necesidades básicas de la sociedad.

A partir de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido numerosas reformas, por una parte, en lo que se refiere a temas como el poder, es decir, ciudadanía, régimen electoral, poderes de la Unión, federalismo, entre otros; y por otra, en lo que se refiere a educación, trabajo, desarrollo social, sólo por citar algunos ejemplos. Pero han sido muy pocas las reformas en materia

de procuración y administración de justicia ordinaria, si se compara con las realizadas en los rubros anteriores.

Ante ese panorama, resultaría aventurado mencionar que la reforma constitucional esquiva progresos históricos y reduce derechos fundamentales y garantías básicas, o peor aún, que resultaba imprescindible para combatir el crimen con eficacia y administrar justicia con diligencia. Resulta más preciso resaltar el significado histórico de la reforma penal en México, que a todas luces implica un cierto desarrollo en el Derecho Penal Mexicano y, si miramos hacia el futuro, también podría representar un gran beneficio en otras materias, por ejemplo, en la preservación de derechos y garantías de los ciudadanos.

Resta decir que no abordaremos pormenorizadamente cada una de las reformas realizadas a nuestra ley fundamental, pues no es materia del presente trabajo de tesis, simplemente considero necesario asentar –de forma muy general– los antecedentes que dieron pauta a tales reformas, abordando principalmente la figura de la delincuencia organizada, tema fundamental, si no es que determinante en las modificaciones a la Constitución, y de la cual, a su vez, nace la figura jurídica objeto de este trabajo: el testigo protegido.

La reforma constitucional hace de esta materia uno de los temas medulares, pues se vio en la necesidad de establecer qué es la delincuencia organizada, mencionar datos importantes de ella, los cuales pudieran ser

complementados por la ley secundaria.

Así, con base en la necesidad de enfrentar eficazmente la calamidad que representa la delincuencia organizada, la reforma constitucional lleva a profundidad, ahora por la vía constitucional, la escisión del ordenamiento penal, lo que lleva a la nada novedosa idea de siempre de que las leyes –y no otros factores- son la fuente de innumerables problemas e insuficiencias en el combate contra la delincuencia y la preservación de la seguridad social.

Una de las reformas publicadas mediante el decreto de 18 de junio de 2008 más importantes para efectos del presente trabajo, es la realizada al artículo 16 Constitucional, puesto que se incluyó el párrafo noveno en donde, además de elevar la figura del arraigo a rango constitucional, desde ese máximo ordenamiento se estableció la “*protección de personas*” cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

“Artículo 16. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

[...]

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

[...]”.

Posteriormente, esa figura es recogida en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en la que no sólo se establece la protección a los testigos, sino que contempla además un capítulo relativo acerca de “la protección de personas” que intervengan en un procedimiento penal sobre delincuencia organizada, por ejemplo: jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas¹⁴.

Esta disposición constitucional y legal subraya un deber natural del Estado frente a los ciudadanos en general y más aún, hacia ciertas personas en particular, que se encuentren en alguna situación de vulnerabilidad por su participación dentro del algún procedimiento penal. En mi personal punto de vista, si se consideraba necesario decirlo explícitamente, habría sido conveniente incorporarlo en el ordenamiento procesal ordinario, y no apenas en el reservado de los asuntos de la delincuencia organizada. Resta decir que también en otros casos se corre alto riesgo para quienes intervienen en un proceso penal, pero éstos casos adicionales no se encuentran contemplados por un ordenamiento explícito como el que se hace en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Así, en líneas posteriores analizaremos lo relativo a la ley especial secundaria que prevé y pune las conductas relacionadas con el fenómeno delincencial antes aludida: la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, y dentro del marco internacional estudiaremos la convención que dio origen a su

¹⁴ 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.

creación, únicamente como un antecedente de aquélla.

3.2 Convención de Palermo.

La aparición y evolución del fenómeno de la delincuencia organizada y la transnacionalización de sus actividades superaban las barreras entre los Estados, aprovechando los cambios de soberanía y jurisdicción otorgaba a los delincuentes una serie de ventajas, entre las más destacadas:

- ✓ Deficiencias en materia de cooperación judicial internacional por la existencia de procedimientos penales no coincidentes entre los Estados.
- ✓ Utilización de profesionales ajenos a la organización criminal para las actividades de constitución de las sociedades y blanqueo del dinero.
- ✓ Falta de regulación penal, por parte de muchos países, de las nuevas tecnologías, comercio electrónico, banca por Internet; métodos utilizados actualmente para el blanqueo de capitales, sólo por mencionar algunos ejemplos.

Los aspectos anteriores dieron pauta a que se hiciera necesaria la celebración por parte de las Naciones Unidas de una nueva convención, con el propósito de combatir las nuevas formas de delito que aparecieron con motivo de

la criminalidad organizada transnacional.

La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1998 acordó celebrar una Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el 17 de diciembre siguiente pidió al Comité Especial que prosiguiera en los proyectos de convención y los protocolos conexos. Asimismo, determinó que el ámbito de aplicación de la nueva convención abarcaría aspectos tales como:

- ✓ La participación de un grupo organizado.
- ✓ El lavado de dinero.
- ✓ La responsabilidad penal de las empresas.
- ✓ Las sanciones.
- ✓ El decomiso.
- ✓ La transparencia de las transacciones.
- ✓ El establecimiento de la jurisdicción; y
- ✓ La extradición, la obligación de extraditar o enjuiciar, la extradición de los nacionales y el examen de los casos de extradición.

Ésta convención fue aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 2000 y fue llevada a la Conferencia Política celebrada en Palermo, Italia, del 12 al 15 de diciembre de 2000, la cual fue suscrita por 124 países en su día; al año 2002 ha sido firmada por 142 países y ratificada por 15 más.

Tal documento fue posible como parte de un proceso de evolución de las legislaciones tanto nacionales como internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada; además, este tratado constituyó un nuevo paradigma jurídico-dogmático en materia de lucha contra la delincuencia organizada por las diferentes figuras y temas que incorpora.

Así, la finalidad de la convención de Palermo es promover la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada trasnacional.

De tal modo que entre las novedades atribuidas a esta convención podemos citar las siguientes:

a) Armonizar las legislaciones nacionales de los Estados partes para tipificar los delitos en común con la finalidad de lograr la compatibilidad de las acciones.

b) Desarrollar esquemas de cooperación entre los Estados para los procedimientos de extradición y asistencia jurídica mutua, abarcando una escala mundial, regional, subregional y bilateral.

De lo anterior se obtiene que los instrumentos internacionales están orientados a fortalecer los mecanismos de cooperación; por tanto, la Convención de Palermo crea las bases para enfrentar la criminalidad con un enfoque

multilateral, concertando los esfuerzos entre un gran número de Estados y promoviéndolos a forjar vínculos que con el tiempo se deben afianzar.

En nuestro país, las disposiciones de la Convención que hemos analizado las encontramos recogidas en la una ley secundaria creada especialmente por el legislador para abatir el fenómeno de la delincuencia organizada en nuestro país: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la cual estudiaremos en el siguiente tema.

3.2.1 Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada resultó de una iniciativa presentada ante la Cámara de Senadores por el Presidente de la República y numerosos senadores y diputados federales de las diversas fracciones parlamentarias, el 18 de marzo de 1996, y de cuya exposición de motivos se advirtió que esta forma de criminalidad *“era uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa”*¹⁵.

La propuesta de contar con una nueva ley acerca del crimen organizado se asociaba con un diagnóstico en la exposición de motivos, del cual se advertía lo siguiente: *“por lo que hace a los medios de reacción contra la delincuencia*

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Delincuencia Organizada. Antecedentes y regulación penal en México*. Editorial Porrúa. Cuarta edición. México 2005, pp 1-213.

*organizada, debe aceptarse que hasta ahora no existe en México una política criminal integral para enfrentarla; una política que comprenda desde la prevención general hasta la readaptación social especial, pasando por la procuración e impartición de justicia, y que se base en ciertos criterios uniformes. Siempre se han adoptado políticas aisladas, desvinculadas unas de otras, sin conexión de rumbos y de criterios: por ello, aunque aisladamente han parecido adecuadas, han resultado finalmente infuncionales”.*¹⁶

En el Senado, el dictamen se produjo el 15 de octubre de 1996, el cual produjo correcciones importantes que mejoraron la propuesta de ley. Cumplido el proceso legislativo, la ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de noviembre de 1996.

El objeto de ésta ley, según lo dispone su artículo 1, consiste en establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por lo delitos cometidos por los miembros de la delincuencia organizada. De lo anterior se desprenden dos aspectos fundamentales: el primero, que estas reglas son aplicables cuando se hayan cometido delitos; y el segundo, que quien los cometa deba ser miembro de la delincuencia organizada. Ambos aspectos se encuentran contenidos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pues es ahí donde se precisa qué debe entenderse por delincuencia organizada y a qué delitos se refiere ese ordenamiento.

¹⁶ Ibidem, pp 1-213.

A continuación, analizaremos algunos de los aspectos relevantes de tal legislación.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada está compuesta por cuatro títulos. El primero se ellos trata acerca de "*Disposiciones generales*", consta de un solo capítulo, relativo a "*Naturaleza, objeto y aplicación de la ley*". Es aquí donde aparecen las principales normas sustantivas (con excepción de las referentes a las penas), esto es, la descripción de la delincuencia organizada y la fijación genérica de sus consecuencias penales.

El segundo capítulo tiene carácter procesal: "*De la investigación de la delincuencia organizada*". El capítulo inicial fija las "*reglas generales para la investigación de la delincuencia organizada*". Aquí se encuentran cuestiones orgánicas, colaboración de autoridades e infiltración de agentes, en el supuesto de los agentes encubiertos o "*ganchos*" incorporados en las organizaciones criminales. El siguiente capítulo habla de la "*detención y retención de los indiciados*". El tercer capítulo se refiere a "*la reserva de las actuaciones en la averiguación previa*", tanto en lo que se refiere a la discreción o secreto en el acceso del inculpado y su defensor al expediente, como por lo que respecta a la protección de testigos.

El cuarto capítulo regula las "*órdenes de cateo y de intervención de comunicaciones privadas*", en el cual se detallan el alcance y las circunstancias de

esas intervenciones, de manera que excede a la utilizada para justificar el cateo de los domicilios.

El capítulo quinto se refiere al *“aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso”*; el sexto a la *“protección de las personas”*, y el séptimo a la *“colaboración en la persecución de la delincuencia organizada”*: en este rubro figuran actos de investigación y procedimiento que tienen trascendencia para la aplicación de sanciones, e incluso para la exclusión de éstas o del proceso mismo.

Además, en un capítulo único, el título tercero, se contrae a *“las reglas para la valoración de la prueba y del proceso”*. El último título, que también consta de un solo capítulo, se refiere a *“la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad”*.

Así, analizando ahora el objeto materia de la ley especial referida, encontramos que desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se define lo que debe entenderse por delincuencia organizada, que consiste en una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada¹⁷.

¹⁷ “Artículo 2o. Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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 delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

La definición en la propia constitución de esta figura, se dio con motivo de la incorporación del arraigo como medida para el éxito de la investigación en los delitos de delincuencia organizada, en virtud de la reforma a la propia Constitución mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y de las cuales hablamos en apartados que preceden.

Con base en esa reforma constitucional, también fue reformado el artículo 2° de la ley en comento, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009. Ese precepto prácticamente reitera lo que la ley fundamental establece en relación con el concepto de delincuencia organizada.

Es así, pues establece que cuando tres o más personas se organicen de hecho 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 delitos que más adelante se enlistan, serán sancionadas por ese sólo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

La reforma al artículo 16 constitucional, al cual se adicionaron los párrafos octavo y noveno, consistió, primeramente en elevar a rango constitucional la figura del arraigo, pero también, en la restricción de la hipótesis de comisión del delito de delincuencia organizada a la *“organización de hecho”*, ya que anteriormente también era sancionado *“el acuerdo para organizarse”*, es decir, era factible entonces punir el elemento subjetivo atinente a la intención de organización con la

finalidad de delinquir.

Del proceso legislativo se advierte que la razón por la cual esa conducta particular ya no es sancionable tiene sustento en la salvaguarda del ejercicio libre de los derechos políticos de los mexicanos, tales como la libre manifestación de las ideas, libertad de imprenta, derecho a la información, libre ejercicio de la profesión y derecho de petición, toda vez que éstas son expresión del Estado democrático de derecho que postula nuestra Constitución.

En la discusión de origen en el seno de la Cámara de Diputados, celebrada el 12 de diciembre de 2007, literalmente se sostuvo lo siguiente:

“Las disposiciones excepcionales que se establecen para delincuencia organizada están dirigidas exclusivamente al combate de este tipo de criminalidad y de ninguna manera podrán utilizarse para otras conductas, lo que impedirá a la autoridad competente el ejercicio abusivo de las facultades conferidas en contra de los luchadores sociales o aquellas personas que se opongan o critiquen a un régimen determinado”.

“Vale la pena enfatizar que no es voluntad de estas comisiones incluir dentro del régimen de delincuencia organizada las conductas de personas en ejercicio de las garantías de libre manifestación de las ideas, libertad de imprenta, derecho a la información, derecho de asociación, libre ejercicio de la profesión y

derecho de petición, toda vez que éstas son expresión del Estado democrático de derecho que postula nuestra Constitución”.

“...no se entendería por delincuencia organizada a los luchadores sociales, a quienes tienen un interés legítimo que defender, a quienes expresan su voluntad y la representación de una comunidad, pero también es cierto, decirlo, que hay duda suficiente de que esto pueda pasar”.

Pues bien, sólo por citar unos ejemplos, algunos de los delitos a que se refiere al artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, son:

I. Del Código Penal Federal.

1. Terrorismo.
2. Contra la salud.
3. Falsificación o alteración de moneda.
4. Operaciones con recursos de procedencia ilícita.

II. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

1. Acopio.
2. Tráfico de armas.

III. De la Ley General de Población.

1. Tráfico de indocumentados.

IV. De la Ley General de Salud.

1. Tráfico de órganos.

V. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

1. Trata de personas.

Entonces, para comprender la naturaleza del delito de delincuencia organizada, conviene hacer las siguientes precisiones.

Primera. El bien jurídico que se protege a través de la ley en cuestión, en palabras de Sergio García Ramírez, en su libro *Delincuencia Organizada. Antecedentes y Regulación Penal en México*, trasciende de los bienes que tradicionalmente han sido considerados en la elaboración de los tipos delictivos y en el diseño de la estructura de los códigos penales, según los cuales se tiende a agruparlos en función de la importancia del bien que se protege, pues en caso de la delincuencia organizada, el bien jurídico se relaciona con la finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y seguridad de la

nación.

De ahí que con la previsión normativa de este delito se procure salvaguardar o poner a salvo a las propias instituciones nacionales con el fin de evitar que se disemine la corrupción o peor aún, que se merme o reduzca su capacidad de respuesta frente al fenómeno delictivo pues, en un supuesto extremo, podrían llegar a colapsar al propio Estado, en tanto que la delincuencia organizada deteriora o lesiona la buena marcha de la economía general y daña la particular de quienes participan en las relaciones económicas, igualmente, puede menoscabar los derechos derivados de la propiedad inmaterial, esto es, en el caso de organizaciones dedicadas al secuestro con propósito de lucro, afectan la paz y la seguridad públicas, pues perturban la percepción social de estabilidad.

Con base en ese bien jurídico, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada está diseñada para enfrentar a las organizaciones criminales que, por las razones que sean y con total independencia de su eventual sofisticación o de su carácter incipiente, tienen una estructura ordenada para operar en la comisión de los delitos precisados en el artículo 2° de la misma ley, pero esto no significa que la legislación especial esté dirigida únicamente a grandes organizaciones, sino a cualquier organización por menor que sea, con tal de que se encuentre integrada con un mínimo de tres personas, para operar de forma permanente o reiterada para cometer alguno de los delitos que prevé el ya referido numeral 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Segunda. El delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo, pues existe independientemente del delito cometido o que pretende cometer la organización criminal. De manera que no es indispensable la consumación de diversa conducta, para que la delincuencia organizada se considere y sancione como tal. Es así, porque basta que tres o más personas se organicen, formando así una estructura establecida, para realizar conductas en forma permanente o reiterada, con una finalidad específica, consistente en cometer alguno o algunos de los delitos que se precisan de manera limitativa en el citado precepto 2° de la ley en estudio.

En otras palabras, ese delito es de naturaleza formal, pues el núcleo del tipo se concentra en el hecho de que tres o más personas se organicen, bajo la acción consciente y voluntaria para participar, con la finalidad de cometer determinada clase de delitos, aún si éstos no llegaran a consumarse; e independientemente de la temporalidad con la que se organicen o acuerden organizarse (permanente o reiterada), o del número de delitos cometidos, pues bastará con acreditar la comisión de un solo delito, bajo ciertas circunstancias peculiares, para tener por demostrado el delito de delincuencia organizada.

4. Justificación de la elección.

Me parece interesante el estudio de una figura jurídica relativamente nueva, como lo es el testigo colaborador, mejor conocido como “*testigo protegido*”, relacionada con un fenómeno delincencial que ya ha flagelado a la sociedad mexicana, me refiero a la delincuencia organizada; la cual requiere de un estudio especial y complejo en atención a la peculiar naturaleza con la que se desarrolla dentro de la sociedad mexicana, y en virtud de que actualmente ha lesionado al bien jurídico de mayor importancia, como lo es la vida, así como otros de menor valor axiológico, pero no por ello menos importantes, como la seguridad social y la salud pública, entre otros.

Precisamente, en función de la complejidad del fenómeno de la delincuencia organizada me parece importante que el Estado debe contar con los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente a dicho fenómeno y adoptar, con total apego y respeto a los principios rectores tanto del derecho penal mexicano como del proceso penal federal, medios eficaces para la persecución y sanción de esa conducta antijurídica, sin que ello implique subsumir o peor aún, violentar los derechos fundamentales y procesales de las personas implicadas en la comisión del delito.

En lo particular, me parece que aunque la figura del testigo protegido tiene poco tiempo de estar reconocida a rango constitucional, puesto que fue incluida en

las recientes reformas al artículo 16 Constitucional en junio de 2008, creo que aún no se encuentra debidamente regulada en la ley especial que la recoge, en el caso, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pues todavía hoy podemos decir que falta un gran tramo legislativo que recorrer para perfeccionar dicha figura jurídica para que esté en condiciones de ser utilizada como un medio de combate eficaz contra el crimen organizado, respetando desde luego, las garantías de las partes involucradas en el proceso penal federal.

5. Objetivos: general y particulares.

General: Analizar la figura del testigo protegido establecida en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y determinar, en primer lugar, si cumple con los objetivos para los que fue incluida con motivo de las reformas a nuestra Carta Magna en materia penal, así como establecer si es o no un medio eficaz en la investigación de los delitos relacionados con la delincuencia organizada.

Particulares:

i) Determinar si la figura del testigo protegido se encuentra clara y debidamente reglamentada en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

ii) Conocer si dicha figura es un instrumento útil en la investigación de los

delitos relacionados con la delincuencia organizada.

iii) Analizar las reglas de valoración del testimonio proveniente de un testigo protegido, en relación con las disposiciones legales aplicables a la prueba testimonial en materia penal federal y determinar, en su caso, si riñe o no con las garantías constitucionales y procesales de la persona procesada.

6. Hipótesis y/o preguntas de investigación.

La inclusión de la figura del testigo protegido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no constituye un medio eficaz en el combate contra la delincuencia organizada.

Metodología.

Los métodos y técnicas a utilizar en el presente trabajo de investigación serán principalmente documentales, por medio de diversos métodos como el descriptivo, objetivo, analítico y comparativo.

CAPÍTULO 4. EL TESTIGO PROTEGIDO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

Como se abordó en el capítulo anterior, la figura del *testigo protegido* existe en nuestra legislación, desde que México suscribió la Convención de Palermo, en donde se establecen las bases para el combate al crimen organizado internacional.

En este capítulo analizaremos primeramente la importancia que reviste la prueba testimonial en el marco del proceso penal federal, y la relación que guarda con las garantías constitucionales consagradas en favor de la persona procesada; posteriormente trataremos lo atinente a la figura jurídica del testigo protegido.

4.1. Calidad del testigo.

El testigo necesariamente ha de ser una persona física, pero no cualquier persona física puede ser un testigo, ya que debe tener una calidad especial que se genera por el sólo hecho de conocer por sí mismo los acontecimientos respecto de los cuales pretende declarar. Entonces, la calidad del testigo se adquiere cuando obra de por medio una afirmación instrumental que proviene de un

tercero¹.

En todos los casos, el testigo es una tercera persona dentro del juicio, y esa cualidad no la pueden tener ni en el juez, peritos, o las partes en general, como puede ser el caso de los abogados postulantes. Si durante el proceso la prueba tiene la pretensión de esclarecer los hechos para que el juzgador tome una decisión; luego, su función es incidir en su criterio y demostrar la certeza del evento investigado a través de los diversos medios probatorios. En el caso de los litigantes, sus manifestaciones en la averiguación previa y en el proceso tampoco pueden considerarse como un testimonio ni su calidad como la de un testigo, debido a que su comportamiento persigue otras finalidades, pues generalmente se enfocan hacia la defensa del inculpado, así, las aportaciones de los abogados se basan en la técnica jurídica, en la estrategia de defensa, y desde luego, en los medios de prueba que conocen y presentan, los cuales son públicos.

En suma, la contribución de las partes en el proceso es diferente a las declaraciones de los testigos, pues aunque aquéllas también realizan aportaciones cognoscitivas, éstas se entienden con cualidades distintas a la de los testigos, en tanto que las partes, indubitadamente, buscarán orientar sus esfuerzos hacia la defensa o acusación, en tanto que los testigos deben manifestar los hechos que les consten de manera personal, sin inducciones ni referencias de una tercera

¹ Moreno Catena señala: "Así, ni las personas jurídicas ni las cosas (magnetófono, cinematógrafo...) pueden revestir tal cualidad, ya que la declaración testifical, el medio de prueba que el testigo produce, requiere un proceso intelectual del que carecen, obviamente, tanto las personas jurídicas como las cosas y que trae su causa de percepciones sensoriales". MORENO CATENA, Víctor. *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, España, 1980, p. 27.

persona.

Sintetizando lo anterior podemos concluir que el testigo es la persona física que declara sobre un hecho que se investiga y respecto del cual tiene conocimiento sensorial directo. Así, a la luz del Derecho Procesal, éste queda dotado de determinadas obligaciones, quizá la más importante de ellas sea conducirse con verdad durante sus intervenciones en el procedimiento.

Es aplicable a lo anterior, el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y texto dicen:

“TESTIGOS, APRECIACIÓN DE SUS DECLARACIONES. *Las declaraciones de quienes atestiguan en un proceso penal deben valorarse por la autoridad jurisdiccional teniendo en cuenta tanto los elementos de justipreciación concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, como todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un concreto raciocinio, conduzcan a determinar la mendacidad o veracidad del testimonio subjúdice*”.²

4.1.1 Obligaciones y derechos del testigo.

Analizado el concepto de testigo, resulta procedente ahora analizar los deberes que éste adquiere durante la secuela procedimental.

² Sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Tomo II, Materia Penal, Página 275, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000.

Dentro del procedimiento penal mexicano, la declaración constituye una obligación de quien, por medio de sus sentidos, ha conocido el hecho que se investiga. De conformidad con el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que toda persona que sea testigo de los hechos investigados, se encuentra obligada a declarar³.

De lo anterior se desprende que esa obligación deviene de la omisión; es decir, los testigos están compelidos por la norma a declarar en bien del interés social, para resolver y juzgar a los responsables de un delito. Por el contrario, la omisión prevé sanciones que van desde el apercibimiento y multa, hasta la consignación ante juez por la comisión de una conducta constitutiva de delito.

Así, la primera obligación que tiene un testigo es la comparecencia. Este deber se presenta desde que la persona física es requerida por el Ministerio Público o por el juzgador, según corresponda; o bien, es presentada por alguna de las partes al desahogo de algún medio de convicción. Lo anterior, encuentra apoyo en lo establecido por los artículos 240, 241 y 242 del Código Federal de Procedimientos Penales.⁴

³ "Artículo 242. Toda persona que sea testigo está obligada a declarar respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desecharamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar".

⁴ "Artículo 240. El tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Sin embargo, esa obligación prevé una excepción de índole personal, y no por impedimento físico (por ejemplo, en el caso de los elementos policíacos, que no residen en un lugar determinado, y en cuyos casos, muchas veces se dificulta su comparecencia, retrasando el procedimiento en perjuicio del reo).

La segunda obligación del testigo es conducirse con veracidad. En el procedimiento penal mexicano, antes de que los testigos comiencen a declarar, se les debe instruir sobre las penas que la ley sustantiva de la materia establece en casos de falsedad de declaración, tal como lo dispone el artículo 247 del Código Federal de Procedimientos Penales.⁵

Debe tomarse además su protesta de decir verdad, y asentar en la diligencia correspondiente su nombre, edad, ocupación, lugar de origen, estado civil, por mencionar sólo algunos y además, interrogarlo en relación a si se encuentra ligado con la persona procesado por vínculos de parentesco o amistad y si tiene algún motivo de animadversión o rencor en su contra, tal como lo prevé

Artículo 241. También mandará examinar, según corresponda, a los testigos ausentes, sin que esto estorbe la marcha de la instrucción ni la facultad del tribunal para darla por terminada cuando haya reunido los elementos bastantes.

⁵ "Artículo 247. Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallándose reunidos todos los testigos.

A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurrir los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se conduzcan con verdad".

el numeral 248 de la ley adjetiva aplicable⁶.

Con lo anterior se busca conminar al testigo a efecto de que única y exclusivamente declare sobre los hechos que le consten, y con ello, llegar al conocimiento de la verdad histórica respecto del acontecimiento que se investiga.

La tercera obligación del testigo es la declaración en sí misma. Ésta constituye la parte central del testimonio, en tanto que constituye el medio de prueba que se genera produciendo convicción en el juez, a través del ordenamiento positivo. A su vez, de esta obligación se desprende otra de igual trascendencia: el deber del testigo de contestar preguntas que le formulen las partes y el propio órgano jurisdiccional, así como la víctima o el ofendido del delito.

De lo anterior podemos arribar a la conclusión de que la declaración (en este caso, el testimonio propiamente dicho), es la esencia misma del testimonio, el valor material de su existencia y el fin del mismo; además, como lo señala el maestro Moreno Catena,⁷ si no hay declaración puede haber testigo, pero no puede existir la primera sin el segundo y en esa vertiente, si no existe deposición, no hay medio de prueba ni corroboración de hechos tendientes a la búsqueda de

⁶ "Artículo 248. Después de tomarle la protesta de decir verdad, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación; si se halla ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualesquiera otros y si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos".

⁷ MORENO CATENA, Victor. *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, España, 1980, p. 54

la verdad.

En tales condiciones, podemos sintetizar que durante el procedimiento penal, el testigo adquiere una serie de obligaciones que le imponen comparecer ante el órgano jurisdiccional a declarar en relación con los hechos que de manera personal y directa le constan, así como a responder las preguntas que en su caso le sean formuladas con motivo de la narración de los hechos que realice, siempre conduciéndose con probidad ante la autoridad jurisdiccional. Obligaciones y principios que se encuentran recogidos en el Código Federal de Procedimientos Penales, cuyas disposiciones tienen como finalidad principal establecer los parámetros para que la prueba testimonial contribuya –en la mayor medida posible- al esclarecimiento de los hechos que se investigan.

4.2 El testimonio en relación con otros medios de prueba en el proceso penal federal.

Todos los medios de prueba conducentes y que no vayan contra el derecho, a juicio del juez o tribunal, podrán ser ofrecidos por las partes para su desahogo y valoración dentro del proceso penal.

Sin embargo, la Constitución se antepone a la posibilidad de reciprocidad

de pruebas⁸; tanto más si éstas tienen un valor asignado en el Código Federal de Procedimientos Penales. Por tal motivo, la prueba testimonial se encuentra en estrecha relación con la confrontación y el careo, desde luego, sin restar importancia a los demás medios de prueba; pero el código adjetivo citado con antelación prevé algunas excepciones en relación con el valor jurídico cuando se trata de las siguientes pruebas: la inspección, cateos y documentos públicos, cuyo valor probatorio es pleno, a diferencia de los restantes medios de convicción, cuyo valor convictivo es de un indicio.⁹

Así, como se ha dicho, el Código Federal de Procedimientos Penales en su capítulo IX sobre el “Valor Jurídico de la Prueba”, a través del sistema de prueba tasada, establece aquéllos que tienen pleno valor probatorio, tal como se mencionó en el párrafo que precede; pero, por otro lado, también encontramos aquéllos que se rigen por el sistema de libre valoración de la prueba, entre ellas, y la que en concreto nos interesa, la prueba testimonial.

Los artículos 242 y 249 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevén la participación activa de la víctima, el ofendido y el inculpado

⁸ Según lo refiere Sergio García Ramírez al explicar que: “El artículo 20 es el marco normativo de la prueba en el proceso penal”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, 14ª Edición, México, 1999, p. 250.

⁹ “Artículo 285. Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279, constituyen meros indicios”.

durante el desarrollo de la prueba testimonial. De modo que esos preceptos permiten arribar a la inferencia de que esa prueba tiene relación, como se adelantó, con el careo y la confrontación; para ello es menester retomar nuevamente el artículo 20, apartado A, fracción IV, de nuestra carta magna, que consagra como un derecho del inculpado:

“cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo”.

Luego, en la fracción V establece:

“Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.”

De lo anterior se colige que esas pruebas (el careo y la confrontación), pueden ser medios de convicción que constaten la autenticidad o en su caso, la mendacidad de un testimonio. Lo anterior, pues el careo permite al inculpado conocer e interrogar a quienes deponen en su contra (constitucional); además, durante el desarrollo del procedimiento, posibilita al juzgador dilucidar la verdad cuando existen dos o más declaraciones divergentes (en el caso del careo procesal); mientras que la confrontación concede eficacia al testimonio cuando es desahogada en el proceso y hay un reconocimiento del testigo sobre el inculpado; de ahí que son éstas pruebas las que tienen una relación más estrecha con la testimonial.

4.3 El testimonio y los derechos del inculpado.

Así como hemos analizado que la prueba testimonial tiene relación con otros medios de prueba, abordaremos ahora cómo es que a su vez, tiene correspondencia con los actuales derechos de toda persona imputada. No se soslaya que en la actualidad, el artículo 20 Constitucional fue reformado en su totalidad para dar paso al sistema oral, que a nivel federal aún no tiene aplicación, por disposición del régimen de transición. De este modo, para el presente capítulo retomaremos las disposiciones contenidas en el anterior artículo 20, apartado A, de la Constitución, así como el 128, fracción III, incisos b), c), d) y e) del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰.

Entonces, el artículo 20, Apartado A, de la Constitución Política de los

¹⁰ "Artículo 128. Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

[...]

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones;

[...]"

Estados Unidos Mexicanos, se erige por excelencia como el precepto constitucional que fija las garantías del inculpado, pero además, también es el que sustenta el procedimiento penal en lo referente a testigos y otras probanzas.

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre del 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”.

Esta fracción hace referencia a la práctica de una diligencia indispensable dentro del proceso penal: la declaración preparatoria, en la cual el inculpado comparece por primera vez ante el juez de la causa. Durante esta audiencia pública, que debe ser desahogada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la que es puesto a disposición de la autoridad judicial, se deberá hacer saber al inculpado en qué consiste la denuncia o querrela, así como el nombre de su acusador y los de los testigos que deponen en su contra. Esta garantía permite al inculpado enterarse del hecho punible que se le imputa y si así lo desea, recibir su declaración en relación con los hechos consignados.

Cabe mencionar que en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo, se violentan las leyes del procedimiento penal cuando se niega al inculpado el derecho a conocer el nombre de su acusador así como la naturaleza de su

acusación¹¹.

Sin embargo, la comunicación al inculpado del nombre de su acusador y la naturaleza de los hechos imputados no se cumple cuando se le informa, como ocurre en la práctica judicial, que quien lo acusa es el Ministerio Público; al respecto el maestro Sergio García Ramírez nos dice que *“por supuesto esta determinación no se satisface cuando se le informa al procesado que lo acusa el Ministerio Público y que se le atribuye haber perpetrado un delito que tipifica el Código Penal en cierta fracción de determinado artículo. Este señalamiento es impecablemente técnico, pero resulta insuficiente para la defensa. Por ello, la norma constitucional se interpreta con realismo: se dirá al reo quiénes son sus denunciantes y los testigos que lo inculpan, y se describirán los hechos que se supone ha cometido. Sólo así estará debidamente enterado –como quiere la Constitución- de los cargos que se le hacen, en forma tal que pueda contestarlos”*.¹²

La Constitución y la ley secundaria son claras: el inculpado tiene el derecho de conocer quiénes son sus denunciantes y los testigos que lo inculpan, así como los hechos que constituyan la base del delito que se le atribuye; por esta razón es

¹¹ “Artículo 160. En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere.”

¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Comentario al Artículo 20 Constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit, p 256.

importante la declaración preparatoria ya que permite la defensa del inculpado.

Es precisamente aquí dónde surge la primer interrogante en relación con el tema materia del presente trabajo: ¿qué pasa si un testigo que emite su testimonio se acoge a la protección a que alude la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada?. O tal vez, ¿se violentan los derechos del inculpado en tanto que se no se revela el nombre de su acusador con el fin de mantener la seguridad física del testigo? ¿No es importante resaltar la regla que señala que la ley superior prevalece sobre la inferior?

Pues bien, esas interrogantes serán dilucidadas con posterioridad, al abordar de lleno el tema del testigo protegido.

Continuamos ahora con el estudio de la siguiente fracción del artículo materia de análisis.

Fracción IV.

“Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo”.

Sobre esta fracción, resta decir que el inculpado tiene el derecho de rebatir las acusaciones que se hagan en su contra, así como a conocer a quienes deponen en su contra, con la finalidad de que pueda contestar la acusación. Al respecto, no ahondaremos más, en virtud de que en capítulos anteriores ya quedó

expuesta la naturaleza, objeto y clases de careo; de ahí que hacerlo nuevamente en el presente apartado únicamente sería redundar sobre lo ya expuesto.

Fracción V.

“Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

Esta fracción también tiene una relación estrecha con la prueba testimonial; pero además asegura el derecho del inculcado de recibir “las demás pruebas” que considere necesarias para su adecuada defensa.

Además, comprende tres aspectos fundamentales:

1. Primero, se refiere a que las pruebas deberán tener relación con el hecho que se investiga, únicamente con las limitaciones que la propia ley fija.

2. El segundo es el relativo a que el ofrecimiento de las pruebas debe ser en el tiempo y forma en concordancia con la disposición constitucional. En estricto sentido, no significa que la garantía de recepción surja cuando así lo determine el encausado, sino que deberá ser siempre ajustado a los plazos específicos que al efecto señala la ley.

3. El último aspecto hace referencia a que la presentación de las pruebas

deberá ser ante la instancia adecuada, esto es, durante el periodo de instrucción.

Fracción VII.

“Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

Lo anterior significa que las constancias que existen dentro del procedimiento siempre estarán a disposición –previa solicitud- del inculpado, lo cual permite a las partes el conocimiento de todo lo actuado por el órgano jurisdiccional durante el curso del proceso.

Fracción IX.

“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 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. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

Aquí se establece lo relativo al derecho que tiene todo imputado de conocer la serie de derechos que para su protección establece la carta magna. No sólo se trata de garantizar una adecuada defensa, sino también garantizar el desarrollo de un buen procedimiento, apartado de vicios que perjudiquen los derechos del inculpado.

Pero además, esta fracción también protege la reserva del derecho a declarar por parte del inculpado, así como la prohibición de todo acto de

incomunicación, intimidación o tortura, o la confesión ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o el tribunal, o ante éstos, pero sin la presencia del defensor, pues en caso contrario, carecerá de todo valor probatorio.

Así pues, el principio de defensa tiene por objeto que el inculpado tenga un apoyo jurídico adecuado, para lo cual es trascendental el nombramiento de defensor, ya sea de su propia elección o por disposición del juez, en caso de que le sea asignado el defensor de oficio.

En conclusión, las garantías consagradas por el artículo 20 constitucional, apartado A, tienen como objetivo no dejar en estado de indefensión al inculpado, así como mantener un procedimiento adecuado, con total y estricto apego a derecho, con la finalidad de garantizar la protección de los derechos y, en última instancia, de todas las garantías contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En armonía con lo anterior, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que durante el desarrollo del proceso se deberá informar al inculpado todas y cada una de las garantías que establece la Constitución.

4.4 Aspectos preliminares del secreto en la protección de testigos.

Previo a abordar el tema de la protección de testigos, es necesario resaltar o precisar algunas ideas sobre la protección. Primeramente, existen dos conceptos que subyacen en su estudio preliminar: secreto y protección.

El diccionario de la Real Academia Española dice que secreto es *“lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”* o bien, *“conocimiento que alguno exclusivamente posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio”*.

Por protección se entiende *“acción y efecto de proteger”*; por ende, proteger es *“amparar, favorecer, defender”*.

Esencialmente, el secreto en la protección de testigos tiene la misión de ocultar la identidad de la persona que declara con tal calidad hasta que la ley y el procedimiento penal lo estimen necesario; bajo el principio de publicidad, revelar dicha información para salvaguardar la seguridad del declarante o porque de esta forma se garantiza el éxito de las diligencias. Así, en cuanto al secreto se resguarda una identidad o cierta información necesaria con la cual, el Ministerio Público o el juez determinan la situación del hecho delictivo; generalmente en procesos penales que requieren de un procedimiento especial y que se acogen a leyes específicas que norman actos de una naturaleza distinta a conductas ilícitas comunes, es decir, que emanan de la organización delictiva o dicho de otro modo, de la delincuencia organizada.

La protección al testigo surge a nivel de procuración de justicia con el propósito de resguardar personas y, con ello, la información prioritaria encaminada a la investigación de delitos y delincuentes; también hay un beneficio de la protección cuando la justicia solicita del delincuente cierta información que conoce para la captura de miembros de una organización delictiva o la disolución de ésta.

Desde la perspectiva jurídica el secreto y la protección requieren que los hechos se acojan a leyes específicas, puesto que uno de los derechos del inculpado es conocer quien lo acusa o depone en su contra, con la finalidad de allegarse de los medios para su defensa. Uno de los grandes principios del derecho penal es el de publicidad; luego, el secreto y protección deben ser regulados jurídicamente, pues a simple vista, lesionan los derechos del inculpado y el procedimiento penal.

Así, el secreto no tiene por sí mismo una cualidad jurídica, sino que es precisamente el hecho, persona o información que se ocultan los elementos que satisfacen a la norma, porque son la base de un conocimiento necesario, prioritario y urgente en la averiguación previa y en el proceso penal. Se salvaguarda al testigo o a la información en función de su preponderancia en el esclarecimiento de ciertos hechos delictivos que requieren del amparo de la justicia hasta que se llegue a la verdad.

4.5 La protección en el proceso penal.

Retomando lo dicho en líneas precedentes, el significado de protección es “*acción y efecto de proteger*”; pero la protección en el derecho penal requiere, sin lugar a dudas, de la participación activa del Estado, por lo que dicho fenómeno es una responsabilidad directa de las instituciones de procuración e impartición de justicia.

Entonces, esta protección no es ofrecida por los particulares cuando se trata de salvaguardar la identidad de algún testigo por el posible daño a su persona, familia o incluso, su patrimonio. La protección en el derecho penal es un recurso que obedece particularmente al fenómeno de la delincuencia organizada, del cual ya hemos hablado en capítulos que anteceden.

Luego, así como el ciudadano tiene la obligación de declarar, el Estado también tiene la responsabilidad de protegerlo en su función como testigo cuando existan sospechas fundadas de que se encuentra en peligro. Por ello, la protección no se suscita entre particulares, pues es un proceso en el que el Estado actúa directamente a través de sus instituciones policiales o de procuración de justicia; de tal modo que es una obligación del gobernante salvaguardar, amparar y apoyar a aquéllas personas que por distintos medios, colaboran con la justicia en el esclarecimiento de un delito que por sus particularidades requiere de un tratamiento especial, como ocurre en el caso de la

delincuencia organizada.

Por tanto, cuando un '*testigo delator*' o incluso, '*testigo criminal*' se acoge a los programas de protección acordando con la fiscalía especializada, el cambio de información por la tolerancia a los hechos delictivos cometidos en agravio de la sociedad y ciertamente, la aplicación de penas benévolas en los términos de las leyes mundiales contra el crimen organizado.

De tal modo que las leyes de protección tienen la ardua tarea de conciliar los derechos de los testigos, informantes, peritos y jueces con los del inculcado, pues resulta que al proteger la delación anónima o el testimonio secreto, es muy posible que se lesione su derecho a conocer los elementos probatorios que integran la averiguación previa, en menoscabo de su defensa. Este fenómeno ha sido estudiado en diversos países, desde luego que México no ha sido la excepción, al respecto, cabe resaltar la opinión del autor José Palacio Sánchez-Izquierdo, quien denomina a este tipo de normas como "*leyes de equilibrio altamente inestable*", debido a la frágil relación que hay entre la seguridad de los protegidos y el derecho del reo, a un juicio con todas las garantías.

4.6 Aspectos jurídicos sobre la protección de testigos en el combate contra la delincuencia organizada en México.

El desgaste social en México y las reiteradas crisis económicas constituyen

la base principal para fortalecer los delitos provenientes de la delincuencia organizada como el tráfico de drogas, la venta de armas y el secuestro, que se convirtió en el negocio ilícito más rentable a finales del siglo XX.

Las crisis sociales y económicas han hecho de México, en los últimos años, uno de los países con mayor índice de delitos relacionados con el crimen organizado, y ante esa problemática, el concepto de delincuencia organizada se encuentra íntimamente relacionado con la ingobernabilidad y el vacío de poder; desde hace más de diez años, uno de los temas prioritarios para los gobernantes ha sido la seguridad pública y la procuración e impartición de justicia, éstos últimos también de suma importancia tanto para los juristas como para la sociedad en general, quien demanda mayor atención y solución de problemas.

Otro tema que se ha colocado sobre la mesa de debate es que con la aparición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se crea una materia adicional en el derecho mexicano, que desfasa el sistema tradicional del Derecho Penal; y continuando con la opinión de la Magistrada Lilia Mónica López Benítez, en su obra *Protección de Testigos en el Derecho Penal Mexicano*, pareciera que existen dos sistemas de derecho penal, el primero de carácter general y otro derecho penal de excepción por encima del primero, especializado y exclusivo en el rubro de la delincuencia organizada, cuando ésta tendría que ser del estudio y responsabilidad particular del derecho penal a través del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales.

No es el caso realizar un estudio exhaustivo del contenido de la citada ley especial, pero sí es importante analizar los preceptos que contienen la figura materia de estudio: el testigo protegido, tal como se realizará a continuación:

4.6.1 Aspectos particulares de la protección de testigos previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Protección.

Por protección de testigos generalmente se infiere el ocultamiento de la identidad de una persona que testifica en contra de un probable delincuente que pertenece a una organización criminal, pero también se entiende por protección la custodia del testigo, así como de otros individuos que toman parte en un proceso penal.

Pero la protección en el derecho mexicano va más allá de eso, puesto que el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la consagra como una garantía del individuo y a la vez como un derecho social. La *“protección positiva”* es integral en el derecho mexicano, pero las leyes secundarias en materia penal evidentemente retoman el concepto de protección para determinar el alcance que ésta tiene en razón de su esfera de acción. Por ello, resulta incomprensible que en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se retome un concepto ya previsto, pero además, en dicha ley ni siquiera se crea una duplicidad de contenidos en relación con otras leyes

secundarias sino que hay una contraposición que afecta normas jurídicas de diversos ordenamientos, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho, y que incide en el principio de protección, seguridad y equidad que emanan de la Constitución y que alcanzan el espacio del derecho penal.

El secreto u ocultación de un testigo no son bienes que directamente merezcan protección, se protege la defensa y la integridad del Estado; es importante mencionar que el Estado se preserva a sí mismo cuando aplica la protección entre sus destinatarios, y particularmente entre quienes participan en un procedimiento penal.

También hay que mencionar que debe existir un delicado balance entre los derechos de todos y cada uno de los que participan en el desarrollo de un procedimiento penal, equilibrio que está fundado en las leyes específicas que, en conjunto, crean un concepto de gran investidura: *“leyes de equilibrio altamente inestable”*; en estas leyes, se aprecia que la protección del Estado alcanza en el derecho penal a cada individuo que ejerce un papel en la averiguación previa y el proceso.

El artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé que habrá apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, víctimas y demás personas cuando así se requiera; pero está claro que en cada proceso penal hay una garantía de seguridad y no únicamente en tratándose de delincuencia

organizada.

Ahora bien, es natural la obligación del Estado de proteger particularmente a los implicados en el procedimiento penal, con independencia si es o no en el ámbito de la delincuencia organizada- y es acertado que la protección sea coordinada por las instituciones que procuran e imparten justicia. Es claro que la protección a un testigo que participa en hechos relacionados con la delincuencia organizada deberá ser mayor a la de un testigo que participa en cualquier proceso penal, pero la responsabilidad para las esferas de protección seguirá siendo la misma y en ambos casos se deben ofrecer todos los recursos del Estado a quien pudiera exponerse a una venganza por parte de las organizaciones criminales o de un delincuente que ha sido procesado por otros delitos, incluso del fuero común, pues el riesgo realmente es el mismo.

Entonces, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada sólo prevé un numeral de protección en favor de los “*reclusos*” que han colaborado en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada; esta fórmula del artículo 42 es quizá la manera más clara en términos de la protección ofrecida, ya que señala la urgente necesidad de incluso, mantener a los reos que colaboran en establecimientos distintos de aquéllos que han sido perseguidos y procesados con motivo de su participación en hechos relacionados a tales fenómenos delictivos.

Por lo anterior podemos establecer que es evidente que la norma no es suficiente cuando las instituciones de seguridad pública encargadas de la protección no operan con eficiencia o algunos de sus miembros actúan con deshonestidad y desapego a la función que se deriva del servicio público. De ahí que la norma deberá estar acompañada de las políticas públicas adecuadas para que la protección alcance a cada habitante en cualquier momento y no sólo cuando se vea relacionado como juez, testigo, perito, víctima o inculpado en un proceso de delincuencia organizada.¹³

4.6.2 Delación secreta.

El derecho procesal mexicano no admite la delación secreta y anónima. La Constitución en su artículo 20, apartado A, fracciones III y IV, establece la garantía de publicidad a que todo inculpado tiene derecho. Por ello, este es uno de los temas más controvertidos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pues si la propia Constitución no admite ninguna de las figuras descritas con anterioridad, es de suponer que se crea una laguna jurídica.

Aunado a lo anterior, en opinión de la autora en comentario, la delación secreta es inconstitucional cuando al amparo del artículo 16, párrafo segundo de nuestra carta magna, se asienta que la denuncia y la querrela son las formas legítimas para iniciar la averiguación previa; forma que relacionadas con el artículo

¹³ Ibidem, pp 97-101.

20, apartado A, de la ley fundamental sostienen que no es exclusivo de la autoridad conocer el nombre de quien acusa. De tal manera, la delación secreta concebida, en lo general, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se contrapone con el espíritu de equidad inmerso en la propia Constitución.

Los artículos 14 y 34 de la ley en comento sustentan a la delación secreta, a pesar de que la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales no lo admiten.

El artículo 14 limita la garantía constitucional del indiciado para conocer el nombre de la persona que depone en su contra; por esa situación, el testigo se mantiene en secreto o como dice el precepto citado con antelación, bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal, momento en el cual, en teoría, el inculpado accede a la información concerniente a la declaración del testigo y las demás actuaciones que integran la averiguación previa, lo que sin lugar a dudas limita el derecho de defensa.

Retomando lo que dijimos con anterioridad, ni la Constitución ni las leyes penales adjetivas prevén la figura de la delación secreta; sin embargo, en el párrafo segundo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales se prevé la reserva de las actuaciones de la siguiente manera:

“A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su

defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda”.

Entonces, el principio de reserva está previsto en el derecho procesal penal y si la Constitución y las leyes penales adjetivas sostienen que el inculpado tiene derecho a conocer a quien le imputa ciertos hechos delictivos, entonces, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en su artículo 14, a pesar de que señala que *“cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada”* no es suficiente para salvaguardar las garantías individuales del inculpado, puesto que la ley inferior no puede estar sobre la superior.

Sobre el particular, Humberto Román Palacios¹⁴ sostuvo *“al margen de que la reserva de identidad de una persona no puede equipararse a la de una actuación, que por ende este precepto está equivocado (en referencia al artículo 14 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), es sumamente opinable, por no decir que grave, que pueda permanecer en reserva hasta el ejercicio de la acción penal, este supuesto, al indiciado, si se encuentra a disposición del Ministerio Público o acude ante el mismo a declarar, se le oculta información al ignorar qué persona es la que declara en su contra, no obstante la obligación del Ministerio Público de hacerle saber todos los datos que consten en la*

¹⁴ ROMÁN PALACIOS, Humberto. “Aspectos adjetivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, en *Seminario de Actualización sobre la Reforma Constitucional y legal en Materia de Delincuencia Organizada*, Instituto de la Judicatura Federal, Colección Memorias IV, México, 1998, p. 88.

averiguación, para estar en aptitud de realizar una defensa adecuada.

En conclusión, existe una garantía constitucional de hacer saber al indiciado las pruebas que existen en su contra y al mismo tiempo en la ley se señala la reserva de identidad de un testigo”.

Así, continuando con el criterio de la Magistrada Lilia Mónica López Benítez, la delación secreta es inconstitucional cuando al amparo del artículo 16, párrafo segundo constitucional, se asienta que la denuncia y la querrela son las formas legítimas para iniciar la averiguación previa; formas que, relacionadas con las diversas fracciones del artículo 20, apartado A, de la ley fundamental, sostienen que no es exclusivo de la autoridad conocer el nombre de quien acusa; de tal modo, la delación secreta concebida –en lo general- en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se contrapone al espíritu de equidad inmerso en nuestra carta magna.

Además, todavía hoy en día no existe un programa de protección a testigos que delimite el apoyo y protección necesarios a jueces, peritos, testigos y víctimas; el efecto más grave estriba quizá en que al no haber por ahora una regulación de la protección y la clasificación de los testigos es prácticamente imposible establecer qué tipo de protección es la correcta para cada caso, bajo qué alcance institucional y con qué presupuesto se protege, qué derechos y obligaciones tiene el testigo que se acoge a la protección no sólo de la Procuraduría General de la

República, sino en términos de la impartición de justicia.

Uno de los aspectos más debatidos por el Poder Judicial de la Federación, es que ante la ineficiencia en materia de seguridad pública y de combate al crimen organizado, pudiera haber una iniciativa legal para crear la figura de “*jueces sin rostro*”, pues se teme que con ello se eliminen medios de prueba, como los careos¹⁵.

Continúa la autora en mención diciendo que así, los Jueces de Distrito de Procesos Penales Federales del Primer Circuito han rechazado la creación de “*jueces sin rostro*”, así como la instauración de Juzgados Especializados en Delincuencia Organizada, al considerar en primer término, que también es derecho de todo imputado conocer a la persona que habrá de juzgarlo, además que por imperativo de la ley, es obligación del juzgador informar personalmente a todo encausado del estado que guarda su proceso y para vigilar que se cumpla con las normas y derechos humanos a que todo individuo tiene derecho. Tal pronunciamiento surge ante lo expuesto por quien fuera Procurador General de la República, General Rafael Macedo de la Concha, quien indicó “*que ya hay una iniciativa sobre la factibilidad de que existan jueces especializados en delincuencia organizada que conozcan los procedimientos y las formas de operar de las organizaciones criminales para evitar que encuentra en cualquier aspecto legal un*

¹⁵ *El Universal*, “Rechazo a jueces sin rostro”, en *Síntesis Informativa del Poder Judicial de la Federación*, abril 2 de 2011, pp 1-4.

*vacío en el que puedan obtener la impunidad”.*¹⁶

Al respecto, coincido totalmente con la opinión de la Magistrada, pues no me parece conveniente ni mucho menos necesaria la creación de Juzgados especializados en materia de delincuencia organizada, ya que creo que este tipo de delitos no constituyen, en primer lugar, materia distinta a la del derecho penal en general, que requiera de tribunales especializados, pues siempre surge en función de un ilícito básico en cuya realización intervienen de forma organizada, estructurada y con objetivo permanente dos o más personas; además, como lo hemos dicho en capítulos anteriores, aunque el fenómeno de la delincuencia organizada no es nuevo, aunque sí lo es algunas de las modalidades con las que ahora se presenta, no requiere preparación adicional para que un juzgador pueda conocer del delito de delincuencia organizada.

Pero además, otra razón más para sostener que la creación de tribunales especializados no es una buena alternativa, es el hecho de que ese tipo de asuntos se concentrarían en un par de tribunales, lo que de inmediato los podría convertir en el blanco perfecto de los grupos criminales, pues estarían plenamente identificados, y esto, además, de algún modo podría incidir en la objetividad, imparcialidad e independencia con que los juzgadores desempeñen la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, como una medida de seguridad más viable y asequible al Estado Mexicano, sería más eficiencia y desde luego, menos oneroso para

¹⁶ OTERO, Silvia. “Quieren jueces contra el crimen organizado”, *El Universal*, México, D.F., 30 de enero 2004, p. 6.

proteger a los funcionarios judiciales, que la distribución de los asuntos en materia de delincuencia organizada se haga, como hasta hoy día, en todos los tribunales especializados en Materia de Procesos Penales Federales en el país.

4.6.3 Delación anónima.

Sobre el particular, los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada resultan ambiguos en cuanto a la delación anónima, incluso en cuanto a la protección, entendida ésta como la misión natural del Estado de salvaguardar la integridad y el patrimonio de sus propios destinatarios, pero es aún más evidente y grave que el artículo 38 de la ley especial haga explícita la figura de la delación anónima que va en contra de la interpretación histórica del precepto fundamental.

Así, el artículo invocado señala:

“Artículo 38. 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”.

Al respecto, es necesario traer a cuenta lo dicho en párrafos que

antecedentes, en el sentido de que el artículo 16 constitucional sólo admite la denuncia y la querrela como medios legítimos para la iniciación de la averiguación previa; en contraste, el artículo 38 acabado de citar tiene por los menos dos contradicciones con el precepto constitucional mencionado: la primera, pues expresa que en caso de que se reciban delaciones anónimas el Ministerio Público deberá ordenar la verificación de hechos cuando, en todo caso, debería ser la verificación de información, en el supuesto de la propia Constitución permitiera que la delación secreta o anónima fuera suficiente para iniciar la averiguación previa.

Luego, en el párrafo primero del artículo 38, describe que en caso de verificarse la información (ya no los *“hechos”*), y que de ello se deriven *“indicios”* suficientes, se procederá a iniciar la averiguación previa, contraponiéndose al hecho de que es ésta la que da inicio a la verificación de hechos, pues los indicios se desprenden de la investigación efectuada por el Ministerio Público al momento de integrar la propia averiguación.

La segunda contradicción se observa en el párrafo segundo, que dice que para el ejercicio de la acción penal, se requerirá de la denuncia, acusación o querrela correspondiente; pero para iniciar una averiguación previa es imprescindible la denuncia o querrela y para el pleno ejercicio de la acción penal se requiere de una averiguación abierta, sólo en ese orden, así, se sabe que esto es un requisito del procedimiento en materia penal. En otras palabras, la denuncia

o la querrela no se exige para el ejercicio de la acción penal.

Además, como indebidamente plantea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la averiguación comenzó con las indagaciones hechas previamente a la averiguación previa; por ende, la denuncia o querrela ocuparía, en el tiempo, un lugar entre la delación anónima y el ejercicio de la acción penal; este hecho no ha sido reparado desde que surge la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Aunado a lo anterior, surge otro conflicto en el caso del artículo 14 Constitucional, pues el artículo 20, apartado A, Constitucional obliga al Ministerio Público a facilitar al inculpado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso y a auxiliarle con la comparecencia de personas cuyo testimonio solicite, como bien podría ser el de un testigo protegido que realice en su contra la imputación de hechos que pudieron ser constitutivos de delito; la razón la conocemos, el “*acusador*” –término empleado en el artículo invocado en su fracción III, aunque un tanto desacertado, pues en todo proceso penal quien acusa es el Ministerio Público- no puede permanecer en el anonimato, todo lo contrario, en la averiguación previa y en el procedimiento si bien debe protegerse a la víctima, a los testigos y al propio inculpado, esa “*protección*” como garantía jurídica debe limitarse para no vulnerar la garantía de defensa de la persona procesada.

4.7 Testimonio negociado y valor de la prueba.

La negociación es una innovación en el campo del procedimiento penal en México y su antecedente más importante se ubica en el derecho anglosajón, cuya política criminal actúa en favor de la persecución y captura de miembros de la delincuencia organizada en forma eficaz.

En nuestro país la experiencia fue diferente hasta la segunda mitad de la década pasada. Posteriormente, con el surgimiento de la figura de la negociación, la acción del Estado actuó en favor del delincuente, creando privilegios y socavando la acción conforme a derecho.

Además, bajo los lineamientos establecidos por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el Estado *“negocia”* cuando su deber es preservarse a través de acciones legales y no actuar como un particular; el Estado se convierte entonces en un agente al que se le puede *“regatear”* una pena, pues como lo señala el Diccionario de la Lengua Española, negociación es *“la acción y efecto de negociar”*, lo que a su vez significa *“tratar y comerciar”*.

La política del Estado es obtener un beneficio en la negociación, que se observa en la pronta captura de los delincuentes y la reducción en tiempo y dinero de los procesos penales, pero el criminal también obtiene beneficios, qué mejor que el Estado favorezca su libertad a través de la reducción de la sanción. En suma, el Estado premia por cometer un delito en lugar de disuadir al criminal; así, en el derecho anglosajón esta fórmula ha funcionado, pero en el derecho penal

mexicano, la importación de la figura de la negociación genera un debate, pues pone en entredicho las funciones del Estado y las autoridades encargadas de la procuración de justicia, a cambio del sentido pragmático de una política criminal que negocia con el delincuente.

Cuando el delincuente y colaborador de la autoridad que se acoge a la negociación aporta pruebas o datos incriminatorias que presumen la participación de otros sujetos en hechos delictivos, y dichas pruebas resultan útiles en la investigación (de manera que se concluya con la aprehensión de los implicados), entonces, el declarante se convierte en testigo, y rinde testimonio más allá de la declaración en la que confiesa su participación criminal. Así, cuando el colaborador testifica y el testimonio es idóneo en el desahogo de la investigación, éste se hace acreedor a una reducción en la pena. La ley es confusa y en consecuencia, pueden establecerse diferentes criterios de análisis.

De lo anterior, se desprende que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se presta a una serie de interpretaciones que facultan al juez, en el plano de la impartición de justicia, a tomar decisiones de carácter discrecional, ya que puede reducir las penas que no sólo estén contempladas para miembros de la delincuencia organizada, sino de otros que también pudieran haberse relacionado. Entonces, el Juez actúa en forma discrecional de acuerdo con la petición del Ministerio Público y éste, a su vez, considera como elementos necesarios para la reducción de penas, los indicios que puedan ser corroborados a través de la

investigación y la persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

La fracción I, del artículo 35 del Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, establece:

“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” ...

Aquí, se alude al testimonio y a la facultad del Ministerio Público para no ejercer acción penal en contra del colaborador. La responsabilidad de esta acción recae en el órgano investigador y no en la autoridad judicial, y así, el beneficio negociado puede ser obtenido entre la detención del colaborador y el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, la fracción II del artículo antes mencionado señala:

“II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté 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 este caso, el beneficio negociado se actualiza cuando ya existe una averiguación previa en contra del colaborador e indicios que hagan presumir su probable responsabilidad en la comisión del delito que se averigua. Pero en este caso, el Ministerio Público debe formular sus conclusiones solicitando la reducción

de la pena hasta en dos terceras partes, y por ende, media su petición ante la autoridad jurisdiccional para la obtención del beneficio, por lo que el juez puede desecharla si, a través de diversos indicios aportados por otros medios de prueba diferentes al testimonio del testigo del colaborador encuentra datos que no colman las pretensiones del Ministerio Público en el pliego de conclusiones para aplicar la reducción de la pena. Esta situación podría suponer que el colaborador no recibe el beneficio que esperaba y que el Ministerio Público no cumpla con lo dispuesto por la ley especial, pero también es muy importante no perder de vista que ante todo, se encuentra la facultad discrecional del juez para aplicar o no dicho beneficio.

Luego, las fracciones III y IV, del artículo materia de análisis establecen:

“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 los 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”.

Ambas fracciones aluden a la participación del inculpado ante el Ministerio Público cuando aporta datos que hagan prueba plena para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada que tengan funciones de mando en la jerarquía de la organización criminal y que esa jerarquía sea igual o mayor a la del inculpado.

La diferencia ambas fracciones es mínima, ya que al recabar los datos aportados por un procesado o sentenciado que hagan prueba plena, la sentencia en ambos casos es competencia del juez y no del Ministerio Público; entonces, la valoración de las pruebas, la imposición de las penas y su eventual reducción son siempre responsabilidad del juzgador.

4.8 Valor de la prueba.

Como hemos dicho, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada también contiene normas sobre la prueba. El punto de inicio se encuentra en nuestro máximo ordenamiento, que como también ya lo estudiamos, consagra el principio de prueba admisible y la regla de exclusión.

Bajo esa óptica, la citada ley especial contiene normas sobre la prueba, su empleo lícito, la admisión al procedimiento y su eficacia. Aún cuando esas normas se localizan en diversos puntos de la ley, el título tercero denominado “*De las reglas para la valoración de la prueba y del proceso*” (artículos 41 y 41) hacen referencia también a la valoración de las actuaciones procesales como prueba en procesos diferentes, es decir, lo que en un momento dado podría ser como prueba en otros procesos penales.

Veamos entonces el texto del artículo 40 de la ley especial:

“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”.

Sobre ello, la obra ya citada *Protección de testigos en el Derecho Penal Mexicano*, nos dice que no tendría que restringirse a la hipótesis que el artículo transcrito nos aborda, es decir, la apreciación del testimonio, aquélla referencia al tipo penal y a la responsabilidad, pues todas las pruebas y sistemas de valoración de las mismas van precisamente encaminadas hacia esos aspectos: la comprobación del cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal del imputado; luego, el adverbio “prudentemente” sobra en el texto del artículo anterior, pues – dice la autora- no debiera reducirse al supuesto del testimonio, sino extenderse en general al sistema de valoración de todo tipo de pruebas admisibles dentro del procedimiento penal.

También hace un análisis del artículo 41 del mismo catálogo de leyes:

“Artículo 41. Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar 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 relacionados 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”.

El precepto anterior reúne dos materias distintas. El primer párrafo contiene una regla genérica sobre el valor probatorio de los indicios. El precepto ordena a la autoridad judicial a apreciar el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la propia naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca; dicho de otro modo, con base en la prueba circunstancial, que consiente en el enlace lógico y natural entre la verdad conocida y aquélla que se busca.

Luego, continuando con el criterio antes referido, el segundo párrafo dispone que las pruebas admitidas dentro de un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora *“para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionados con los delitos a que se refiere esta ley”*.

Consideraciones semejantes a las anteriores pueden ser formuladas por lo que refiere al tercer párrafo del artículo que estudiamos, el cual confiere valor probatorio pleno a la sentencia judicial irrevocable que admite la existencia de una organización delictiva y sostiene además que en ese caso *“únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada”*.

Finaliza la autora diciendo que en materia de delincuencia organizada, la apreciación y valoración de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional surge

de diversas maneras, entre ellas:

➤ Dentro del procedimiento penal para acreditar los elementos del tipo penal de delincuencia organizada, bastará como prueba plena de la existencia de una organización delictiva, la sentencia judicial irrevocable, y por ende, el fin del procedimiento penal será determinar la vinculación culpable en forma probable o plena de una persona, presumiéndose ya la existencia de una conducta típica y antijurídica.

➤ El órgano de decisión deberá exponer los razonamientos que haya tenido para otorgar valor probatorio a las diversas imputaciones que hagan los participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa.

➤ El juez que conozca de asuntos relacionados con el crimen organizado al momento de valorar en conjunto los distintos medios probatorios, deberá otorgarles el valor probatorio que corresponda, conforme a las disposiciones contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales, pero además, en términos de la ley especial, deberá apreciar el valor de los indicios, hasta poder considerarlos en su conjunto como prueba plena.

Entonces, en pocas palabras, la valoración que realice el juzgador de los medios de prueba que existan en el expediente deberá ser apegado a los principios establecidos en la ley, con base en lo que dispone el código procesal de la materia, pero además, también deberá ceñirse a lo que dispone la ley especial, principalmente en lo que se refiere a los indicios. En mi opinión, la disposición contenida en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada únicamente viene a reforzar lo que ya se encuentra establecido en el código adjetivo de la materia, puesto que ya contempla que los indicios también son susceptibles de valoración. Pero además, me parece que todos esos principios se encuentran inmersos en el principio constitucional que exige a la autoridad jurisdiccional la debida fundamentación y motivación en sus resoluciones, para salvaguardar la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado, en este caso, del inculpado.

Así, ha quedado de manifiesto que la protección de testigos tiene lugar cuando se trata de personas que prestan ayuda eficaz a la Procuraduría General de la República para la investigación o captura de personas vinculadas exclusivamente con delitos en materia de delincuencia organizada; a cambio de lo cual, el Estado otorga beneficios, como ayuda económica, que ciertamente no se sabe con exactitud a cuánto asciende ese monto; o bien, una reducción de la pena por colaborar en la procuración de justicia.

De entrada, no podemos soslayar que la norma constitucional nos remite a la ley especial, en el caso, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,

misma que todavía hoy solamente en los artículos 14, 34 y 38 reglamenta las consideraciones relativas a esta figura. Me parece francamente insuficiente que un instrumento de prueba tan complejo como éste se encuentre reglamentado solamente en tres preceptos, los cuales, son insuficientes para delimitar claramente las bases y el alcance jurídico que la institución del testigo protegido representa. De ahí que dentro del régimen de transición en materia penal por el que atraviesa nuestro país, nada impide pensar que esta deficiencia legislativa podría ser subsanada con posterioridad, creando una ley específica que regule clara y específicamente la figura del testigo protegido, pues si continúa empleándose como hasta ahora, la fiabilidad del testimonio proveniente de un testigo protegido puede verse seriamente afectada, dando la impresión de que queda al libre arbitrio de la Procuraduría General de la República, quiénes pueden ser inscritos en el Programa Nacional de Testigos Protegidos de esa dependencia, ya que los lineamientos para ello se encuentran en el más completo sigilo y sin posibilidad alguna de rebatirlo, lo que además podría prestarse a la fabricación de falsas imputaciones, bajo el amparo de que han sido vertidas por una persona cuya identidad se encuentra en resguardo pero que existen razones por demás fundadas para sostener que el testimonio es contundente y suficiente para vincular a una persona a una averiguación previa.

Una clara evidencia de lo anterior, la podemos encontrar en el caso del “Michoacanazo”, que recordando un poco, fue un acontecimiento muy relevante en nuestro país, y aún más, en nuestro Estado, al acusar a treinta y cinco

funcionarios michoacanos por tener nexos con la delincuencia organizada; caso que finalmente no fue procedente, pero no por haber quedado desvirtuada la responsabilidad de los indiciados en la comisión de los hechos imputados, sino por la falta de fiabilidad en el dicho de los testigos protegidos que sostenían las acusaciones en contra de los funcionarios michoacanos.

Y creo que ese es sólo un caso conocido de los quizá muchos otros que se ignoran, pues quienes hemos tenido la oportunidad de conocer una averiguación previa proveniente de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, podemos darnos cuenta del abuso que existe en el uso de esa figura, a grado tal que resulta más común de lo que nos podemos imaginar encontrar que la base o pauta para el inicio de una indagatoria proviene de la denuncia del mismo testigo protegido en diversas averiguaciones diferentes; lo cual pone aún más en evidencia la probable inverosimilitud de lo depuesto por aquéllos; pues a pesar de que es por todos sabido que en este tipo de delitos intervienen pluralidad de sujetos, a veces resulta cuestionable el hecho de una persona conozca las actividades ilícitas, incluso, de grupos delictivos en contra.

Entonces, por una parte, creo que la falta de reglamentación de esta figura, que bien podría ser corregida, constituye un gran obstáculo en la medida en que genera incertidumbre en cuanto a si es fiable o no el testimonio proveniente de un testigo de esta naturaleza y con ello, ineludiblemente, pueden cometerse serias violaciones a los derechos de la persona procesada.

Pero el otro aspecto por el cual no me encuentro de acuerdo con la utilización de esta figura es que sin lugar a dudas riñe con algunos de los derechos fundamentales de toda persona procesada, como es el caso de la garantía de defensa, ya que contrario al texto de la Constitución, no se permite al procesado conocer el verdadero nombre de su acusador, muchos menos conocerle el rostro a efecto de estar en condiciones de defenderse en contra de las acusaciones que realiza en su contra.

De ahí que me parece aventurada la idea de otorgar similar valor probatorio al testimonio de un testigo “*común*” que comparece ante el juez de la causa a sostener, incluso cara a cara, las imputaciones que realizó en contra de una determinada persona; a diferencia de un testigo que declara bajo la protección estatal y cuyo testimonio de alguna manera no es del todo espontáneo, pues hay una negociación previa con el Estado a cambio revelar cierta información que conoce.

Así, al tenor de las consideraciones antes vertidas podría aseverar que esta figura no ha sido empleada correctamente en nuestro sistema penal, pues ni siquiera tiene cabida en nuestro derecho penal mexicano, pues proviene de otros sistemas jurídicos, con influencia principal del anglosajón, pues en el caso de los Estados Unidos de América, la acción penal es ejercida por un acusador público; lo que no ocurre en nuestro país, ya que esa potestad se encuentra única y exclusivamente reservada para la institución del Ministerio Público, quien

constitucionalmente no tiene facultad para negociar con delincuentes.

CONCLUSIONES.

Del contenido del presente trabajo, podemos advertir que dadas las deficiencias con que todavía hoy se presenta la figura del testigo protegido en su aplicación material, ya sea durante la etapa de la averiguación previa como ante al juez de la causa, no puede considerarse como un instrumento eficaz en la investigación de delitos relacionados con la delincuencia organizada, en virtud de que dichos testimonios no pueden considerarse fiables ni comprobables; además, de que el empleo de dicho medio de prueba eventualmente transgrede las garantías fundamentales del procesado, pues en la mayoría de los casos, restringe el derecho de defensa del inculpado.

PROPUESTA.

Actualmente, el artículo 20, apartado B, fracción III, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece lo siguiente:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de

su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

[...].”

Mi propuesta es que se derogue la segunda parte de la fracción III de dicho precepto constitucional, en virtud de que la esencia de la figura relativa a la protección de testigos, no corresponde con la naturaleza jurídica de nuestro país, tal como se aprecia del espíritu garantista de la ley fundamental, ya que riñe con muchas de las garantías en favor del procesado, principalmente en lo que respecta a la garantía de defensa. Entonces, dicha fracción debería quedar de la siguiente manera:

“III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

Derogado. [...]

Por las mismas razones y en concordancia con lo anterior, propongo que se derogue el artículo 14 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que dice:

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

Para quedar así:

“Artículo 14. Derogado”.

Asimismo, es necesaria la reforma del artículo 34 de la ley especial en comento, específicamente, en la parte que contempla la protección a “*testigos*” y “*demás personas*”. Dicho precepto establece:

*“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.”*

Para quedar como sigue:

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

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

1. DAGDUD KALIFE, Alfredo. *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*. Editorial Porrúa. Primera edición. México 2006. pp 4-35.

2. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*. Editorial Porrúa. Cuarta edición. México 2005, pp 1-213.

3. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?* Editorial Porrúa, cuarta edición. pp 149 y 150.

4. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *Programa de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. Décima edición. México 2003, pp 209-221.

5. LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica. *Protección de testigos en el Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Primera Edición.

6. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*. Editorial Porrúa. Séptima edición. s/a. pp 201-217.

7. MALVAEZ CONTRERAS, Jorge. *Derecho procesal penal*. Editorial Porrúa. Primera edición. México 2003. pp 1-391.

8. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *Derecho procesal penal esquemático*. Editorial Porrúa. México 2002. pp 1-91.

9. ORONoz SANTANA, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Limusa S.A. de C.V. México 1997, quinta reimpression. Pp 24- 162.

10. ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y proceso penal*. Editorial Porrúa. Octava edición. México 1996. pp 255-269.

11. Revista del Instituto de la Judicatura Federal número 28. "*Protección de testigos como instrumento operativo en el combate contra la delincuencia organizada*". López Benítez, Lilia Mónica. pp 51- 61.

12. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

13. Código Federal de Procedimientos Penales.

14. Código Penal Federal.

15. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.