

42



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

299342

"LOS TESTIGOS PROTEGIDOS COMO FIGURA DISCREPANTE DEL SISTEMA PENAL MEXICANO".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ISIDRO BERNAL QUIJANO



ASESOR DE TESIS: LIC. JOSE ENRIQUE GARCIA CABRERA





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.

GRACIAS DIOS MIO:

POR PERMITIRME LLEGAR A CUMPLIR UNA DE LAS ILUSIONES MAS VALIOSAS Y PONDERADAS DE MI VIDA; POR ALENTARME Y AYUDARME A SORTEAR OBSTACULOS, VICISITUDES Y A VENCER LA ADVERSIDAD EN LOS MOMENTOS CRITICOS POR ENCIMA DE LAS DEBILIDADES PROPIAS DE MI NATURALEZA HUMANA; TE OFREZCO TODA MI DEDICACIÓN, ESFUERZO Y SACRIFICIOS INVERTIDOS PARA OBTENER ESTA CARRERA.

A MIS PADRES, QUIENES AL DARME VIDA Y EDUCARME ME DIERON LA MAS GRANDE DE LAS HERENCIAS QUE COMO HOMBRE PUDIESE ASPIRAR:

DON FELIX BERNAL ESPINDOLA ¡ POR TU IMAGEN, TUS ENSEÑANZAS Y TU EJEMPLO DE ACTITUD RESPONSABLE E INQUEBRANTABLE ANTE LA VIDA, POR TU DEDICACIÓN Y HONESTIDAD, QUE FINCARON LAS BASES DE MI TEMPERAMENTO Y CARACTER.

DOÑA ALICIA QUIJANO CANO ¡ SIEMPRE HAS SIDO EL FUNDAMENTO DE MI INSPIRACION POR TU ABNEGACION, ESFUERZO Y CARIÑO A TU VOCACIÓN DE ESPOSA Y MADRE, GRACIAS POR VELAR PORQUE FUESE NO SOLO UN HOMBRE DE BIEN, SINO TAMBIEN UN HOMBRE DE FE , AHORA TE OFREZCO SER UTIL A MIS SEMEJANTES Y FIEL A MIS MAS SUBLIMES IDEALES Y PASIONES.

AL ALMA MATER LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO:

POR LA OPORTUNIDAD DE ADQUIRIR EN SUS AULAS LOS VALIOSOS CONOCIMIENTOS QUE HOY PUEDO APLICAR EN FAVOR DE LOS QUE A MI ASISTEN Y CON ELLO CONTRIBUIR AL DESARROLLO JUSTO DE MI PATRIA.

A OLIVIA BERNAL HERNANDEZ I Y A SU MADRE OLGA OLIVIA HERNANDEZ HERRERA:

CON PROFUNDA EMOCION COMO UN PEQUEÑO TRIBUTO A LA MEMORIA DEL MAS GRANDE DE LOS SENTIMIENTOS QUE AMBAS ME PERMITIERON EXPERIMENTAR, JAMAS DEJARAN DE FORMAR PARTE DE MI VIDA Y ESTAR EN LO MAS RESERVADO DE MI ALMA.

A MIS HERMANOS MARTIN, MARIA EUGENIA, MARTHA ALICIA, PEDRO, ALEJANDRO, JOSE ANGEL Y JOSE ARTURO I:

POR SU SIEMPRE ESMERADO, OPORTUNO E INCONDICIONAL APOYO, POR SU VALIENTE EJEMPLO DE SUPERACION Y SU CARIÑO, POR SU SIEMPRE ALICIENTE COMPAÑÍA Y PROTECCION; CON ENTRAÑABLE GRATITUD Y AMOR PLENO DE HERMANO, ESPERANDO SATISFACER SUS EXPECTATIVAS.

A ADRIANA ZOHELET RAMOS GARAY:

CON EL MAS PROFUNDO Y PURO DE MIS SENTIMIENTOS, YA QUE ME ES QUIEN HA CONTRIBUIDO A QUE LOGRASE ESTAR EN PLENITUD ANIMICA PARA LA CONCLUSIÓN DE ESTA TAREA.

AL LIC. RENE MIGUEL ANGEL ALPIZAR CASTILLO:

POR LOS CONOCIMIENTOS QUE ME TRANSMITIO, COMO SIMBOLO DE AGRADECIMIENTO A LA CONFIANZA QUE SIEMPRE DEPOSITO EN MI, Y COMO RECONOCIMIENTO A UN GRAN LITIGANTE Y CARISMATICA PERSONA.

A TODOS MIS PROFESORES TANTO EN LA ACADEMIA COMO EN LA VIDA MISMA:
POR SU DEDICACION Y VALIOSA AYUDA; EN ESPECIAL A
MI ASESOR DE TESIS LIC. JOSE DIBRAY GARCIA Y AL H. SINODO QUE ME
EXAMINA, A ELLOS TODO MI AFECTO POR SU TIEMPO, DISPOSICION Y
SUGERENCIAS, CON RESPETO Y ADMIRACION,

A MIS CLIENTES:

COMO AGRADECIMIENTO POR LA CONFIANZA QUE EN MI DEPOSITAN Y COMO
UN COMPROMISO DE PREPARACION CONSTANTE

A TODAS LAS PERSONAS QUE DE ALGUNA MANERA CONTRIBUYERÓN A MI
FORMACIÓN PROFESIONAL Y HUMANA; A MIS AMIGOS Y EN ESPECIAL CON
TODO MI APRECIO A VERONICA, ARISTOTELES, FRANCISCO JAVIER, EDGAR
IRAN, GUILLERMO Y JOSE RODRIGO, POR TODAS LAS CONTRIBUCIONES, POR SU
AYUDA Y COMPAÑIA SIEMPRE EDIFICANTES.

GRACIAS POR TODO:

ISIDRO

INDICE.

“LOS TESTIGOS PROTEGIDOS COMO FIGURA DISCREPANTE DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.”

CONTENIDO.	PAGINA
INTRODUCCION.....	1
 CAPITULO I.- CONCEPCION TEORICA.	
1.1. EL ESTADO DE DERECHO	2
1.1.1. EL PROCESO JUDICIAL EN EL ORDEN SOCIAL.....	5
1.2. EL TESTIGO Y SU FUNCION JURIDICO SOCIAL.....	12
1.3. LA PROTECCION A LAS PERSONAS.....	14
 CAPITULO II.- ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL TESTIGO PROTEGIDO.	
2.1. FENOMENOLOGIA DEL SIGLO XX.....	18
2.1.1. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.....	21
2.1.2. ESPAÑA.....	22
2.2. ANTECEDENTES EN MEXICO.....	24
2.2.1. ANTEPROYECTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN 1992.....	28
2.2.2. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1996.....	31

CAPITULO III.- MARCO JURIDICO DEL TESTIGO.

3.1. EL PROCESO PENAL.	35
3.1.1. EL MINISTERIO PUBLICO Y LA ACCION PENAL.	37
3.1.2. EL PROCESADO, LA DEFENSA Y SUS GARANTIAS.	41
3.1.3. EL JUEZ Y LA FUNCION JURISDICCIONAL.	44
3.2. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL.	47
3.3. ESENCIA DEL TESTIMONIO.	49
3.3.1. OBLIGACION DE RENDIR TESTIMONIO.	51
3.3.2. SU VALORACION EN LA SENTENCIA.	54

CAPITULO IV.- TESTIGOS PROTEGIDOS Y POLITICA CRIMINAL.

4.1. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.	57
4.1.1. SU APLICACION.	62
4.1.2. TESTIGOS-DELINCIENTES.	72
4.1.3. NEGOCIACION Y BENEFICIOS.	74
4.2. GARANTIAS VIOLENTADAS.	77
4.3. LA POLITICA CRIMINAL Y LA LEY.	89
4.3.1. LOGISTICA Y EFICACIA DE LA INVESTIGACION CRIMINAL. .	93
4.3.2. NECESIDAD DE PROTEGER A LAS PERSONAS EN UN PROCESO.	100
4.3.3. ELEMENTOS DE LA PROTECCION.	101

CONCLUSIONES.	108
-----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.	112
-----------------------	-----

INTRODUCCION.

En el desarrollo de este esfuerzo de investigación y análisis, he apuntado las consideraciones y llegado a las conclusiones que me han parecido pertinentes, en cada caso señalo las razones y fundamentos que me hacen arribar a ellos, acaso equivocados unos, pero otros no, sin embargo, confío en que este trabajo que tiene como tema principal la figura de los testigos protegidos, suscite la reflexión del lector y permita el examen objetivo y puntual de dicha institución atendiendo al contenido y desarrollo del Derecho mexicano, percibiendo sí el desenvolvimiento de otros sistemas, pero enfatizando en el conocimiento de las circunstancias y características propias del entorno nacional. Acotando que hablo de TESTIGOS PROTEGIDOS, refiriéndome a los sujetos integrantes de una organización criminal y que con la finalidad de recibir beneficios personales deponen contra otros miembros de esas organizaciones, mismos que refiere la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (que en adelante citaré por sus siglas L.F.D.O.), en su artículo 35, mismo que va íntimamente ligado con el 34 del mismo articulado.

He realizado un examen critico de las reformas llevadas a cabo en varios ordenamiento penales así como en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con motivo de la L.F.D.O., y específicamente con las implicaciones que derivan de la protección y beneficios a este tipo de testigos, ése ejemplo facilitador que se contempla como forma de manejar la lucha contra el crimen organizado, que nuestro país ha perseguido desesperadamente en los últimos tiempos, en los cuales las investigaciones y los procedimientos penales parecen haber caído en un bache difícil de superar, pero especialmente en el uso frecuente de “Testigos delincuentes preparados”, mismo que motiva mi reflexión a lo largo de la presente tesis. Cuestión de no menor importancia es si una vez generado ése instrumento, sepan o no emplearlo los mecánicos del Estado.

Toda esta problemática ha trascendido a la vida jurídica de nuestro país, resultando igualmente notables los legalizados intentos “amañados” para dar solución a tal problemática, no estrictamente mediante el acatamiento a la tradición jurídica a la cual pertenecemos, sino copiando usos y figuras ajenos e introduciendo perfeccionamientos carentes de dirección y con técnicas improvisadas. El motivo principal que impulsa y motiva la elaboración de esta tesis, es dejar constancia de las discrepancias de la L.F.D.O. y particularmente de figura de los testigos protegidos con el sistema penal tradicional mexicano, quizás para promover un esfuerzo mejor y mayor para que la protección a las personas participantes en un

proceso penal, como obligación del Estado, cuente con los instrumentos materiales y humanos idóneos para cumplir ése objetivo, pero que más allá de eso, se encuentre no solo legitimada en la Ley por medio de reformas de la reforma, sino que verdaderamente el espíritu de la Ley se orientación y funde en la política criminal. En México, tenemos una larga tradición jurídica en todas las materias legales, pero especialmente en la penal, contamos afortunadamente con un texto Constitucional perfectamente explorado y afanosamente interpretado y afinado; todo esto es una ventaja para quien como yo trata de enfocar y manifestarse sobre el testigo protegido como un intento en mi concepto, totalmente artificial de combatir eficaz pero equivocadamente, a la delincuencia organizada, misma que crece aún a mayor velocidad que la población misma, siendo esto último un grave factor de criminalidad. Precisamente porque existe un texto Constitucional acabado, inicio mi trabajo con un primer capítulo que contiene un marco conceptual teórico y filosófico para encuadrar las figuras adyacentes, continuando en el segundo capítulo con algunos antecedentes de la figura a detalle, para dar paso al análisis de las instituciones actoras en el proceso penal así como sus características y funciones primordiales, y finalizando con un amplio análisis detallado de la L.F.D.O. desde la Constitución, su contenido, su aplicación, citando cada uno de los desatinos y violaciones que provoca, y subrayando los aspectos que actualmente hacen que la protección a las personas participantes en un proceso penal en nuestro país se halle dialécticamente extraviada.

Existen contenidas aquí observaciones y comentarios que pueden diferir de los puntos de vista sustentados por algunas personas, sin embargo, todo ello se ha manifestado de buena fe y en aras de generar el perfeccionamiento de nuestro Derecho positivo, tomando en cuenta la importancia de legislar con mayor responsabilidad y apertura integrando la política criminal al esfuerzo conjunto del Estado: legislatura, instituciones y pueblo en general.

No es ahora ni aquí, el espacio para hacer historia dentro del Derecho Penal, para ello existen espléndidas, eruditas e inmejorables plumas, el presente trabajo solo pretende sistematizar el razonamiento respecto a la inusitada figura del testigo protegido, negociación que pone en la mesa la responsabilidad propia o revelaciones sobre la ajena, a cambio de alivio en la incriminación y la sanción; éste es uno de los puntos más débiles de la L.F.D.O., aunque en la óptica de sus impulsores radique aquí una de sus virtudes más apreciadas, eso si queda en el ánimo de quien escribe, que en adelante acaso desde el propio ejercicio de la profesión (que es lo deseado), acaso en las filas de alguna institución gubernamental y porque no dentro de la labor legislativa se haga una aportación de

mayor validez. Los modestos comentarios respecto a la filosofía que debe regir al legislador y al proceso legislativo mismo, surgen a partir de las tendencias que desde mi punto de vista se integran a una bien dirigida política criminal y a las que considero responde el interés y rumbo de la sociedad mexicana moderna, y del Derecho Positivo en nuestro País.

CAPITULO I

CONCEPCION TEORICA.

1.1. EL ESTADO DE DERECHO.

La familia es la comunidad natural básica más antigua, misma donde nacen, viven, se desarrollan y mueren las personas, pero la capacidad que éstas tienen por su naturaleza racional de desarrollarse viviendo con otros y para otros, no se agota en la familia, sino que se proyecta a ámbitos externos. La expansión se inicia con la salida de los hijos del hogar paterno para fundar su propia familia, con lo que se va produciendo una comunidad de familias que tienen un origen común y que habitan un territorio común. A partir de ésta comunidad de familias y en vista de la mayor complejidad que implica el crecimiento de la misma, se impone la construcción de una organización política para la defensa, promoción, seguridad y orden de ése grupo y en quien se deposita el poder de la colectividad. La pluralidad de familias y grupos asentados en un territorio, sujetas a un mismo orden y un mismo gobierno es lo que se denomina pueblo, sociedad, nación o país.

La sociedad o pueblo es una comunidad natural, en tanto que se forma espontáneamente por efecto del crecimiento de las familias. Cada familia requiere de un espacio donde vivir, su casa u hogar, se forma una comunidad entre las familias que habitan en un mismo territorio. Las familias tienen sobre su casa y posesiones una propiedad privada y exclusiva, que preserva la intimidad familiar. Pero la convivencia de varias familias en un territorio común, o dicho gráficamente, la existencia de varias casas en un mismo suelo, hace que se genere entre ellas una comunidad, que tiene como interés principal la distribución, uso y protección del suelo común.

La dualidad familia-pueblo es el punto de partida de la distinción entre lo público y lo privado. La propiedad que tiene la familia sobre su casa es una propiedad privada, que excluye la intervención de cualquier extraño en la vida familiar, en cambio, el pueblo tiene sobre el suelo común un dominio público en el que caben diversas competencias de poder, así como la posibilidad del uso compartido y solidario de bienes comunes, de esta manera resultan dos ámbitos claramente diferenciados: lo que corresponde a la familia es lo privado y lo que corresponde al pueblo es lo público.

Estas comunidades o pueblos necesariamente se organizan políticamente estableciendo un poder, reconocido por todos, que defiende y promueve el bien público, comenzando por la defensa y cuidado del territorio común; a lo largo del tiempo ha habido muchas formas de organización política: las tribus y

clanes, las ciudades, los imperios, los reinos y actualmente el Estado. La forma de organización política que cada pueblo adopta es algo meramente circunstancial e histórico, producto de las peculiaridades propias y de el momento en que se exista, por tanto algo variable, en cambio, la necesidad de que cada pueblo tenga una organización política es algo permanente e invariable. Ni la sociedad, ni la necesidad de organización política son producto de la voluntad humana, sino exigencias de la naturaleza social de las personas. La elección de la forma específica de organización política es un resultado de la voluntad popular, que da lugar a la Constitución Política de cada pueblo. La teoría del “contrato social”, puede servir para explicar el origen del Estado moderno, pero no para explicar el origen del pueblo o de la sociedad. La vida de la sociedad que resulta del hecho de la coexistencia de personas y familias en un mismo territorio, no es una coexistencia pasiva, como la que podría darse entre seres inanimados, como lo es un montón de piedras, ni tampoco como una convivencia predeterminada por leyes biológicas como la que se da entre las plantas y los animales y, aún con aquellas especies gregarias más evolucionadas, como lo podría ser la vida de una colmena. La vida en sociedad es vida entre personas, y por ende es vida en libertad, y consiste básicamente de las conductas de los individuos entre sí, unos respecto de los otros, conductas que por estar referidas a otras personas se denominan relaciones. La vida social es un actuar personal, es decir, una forma de acción inteligente y voluntaria, con todas las limitaciones y características de la acción humana. Siendo la vida social en el fondo conducta personal, participa necesariamente de las características de la acción personal, la acción de las personas siempre está encaminada a la consecución de un fin o bien conocido y deseado, igualmente la acción social está encaminada a la consecución de un fin, pero que es común a las personas de la comunidad

Toda agrupación y propiamente nuestra sociedad como grupo humano organizado, en atención a su propia naturaleza intrínseca que es vivir en sociedad de manera ordenada y respetuosa de los semejantes y de las instituciones, se caracterizan por hacer mantener un orden y una disciplina que son garantía de adhesión y consistencia del grupo. El orden y la disciplina no siempre francos y espontáneos, exigen de una potencia que vigile y sancione su pérdida o menoscabo; de ahí se ha hecho dialécticamente necesaria en primer término la existencia del poder conocido como Estado, mismo en quien se deposita dogmáticamente el poder de la colectividad por voluntad del pueblo mismo, y en segundo lugar como consecuencia, la existencia de la norma que va a representar la necesidad del pueblo de sancionar por medio de ella a los

individuos que lesionen el orden del grupo, la obediencia a la norma es inevitable por exigirlo así la justicia, obliga moral y jurídicamente, lo primero porque el mandato debe establecer lo que es lícito y señalar lo que es justo, lo segundo por exigencias propias del bien común, que reclama la realización de cuanto justamente ordena la norma que lleva implícita la forma imperativa, mediante el atributo jurídico de la sanción. Cuando esto acontece, el poder es el creador del Derecho positivo, que emana del sistema normativo único e impersonal que es el Derecho anterior al positivo que reprime para evitar arbitrariedades. En la actualidad se ha entendido al Orden Social como una acepción análoga de Estado de Derecho, como conjunto de elementos que hacen prevalecer de manera ordenada y respetuosa las relaciones de los individuos de la sociedad, tanto entre ellos como entre las instituciones que los rigen y aplican la normatividad y las sanciones previstas. Esta es la esencia del Estado de Derecho, con ideas y principios de orden, libertad, equidad e igualdad, que hacen que tanto el pueblo mismo como las instituciones nacidas de la organización humana, actúen con apego a las normas emanadas de la necesidad del grupo u organización.

Como lo dice Mayer “el poder como el dinero, solo tiene vida y razón de ser puesto al servicio de un fin lícito..... En el sistema de los fines y de los medios, el poder se halla situado en una función intermedia, se sirve de la fuerza y sirve al Derecho y al ideal jurídico que buscamos: la justicia o libertad, la cultura o la humanidad. Así puede afirmarse que el poder alimenta al Derecho pero no lo legitima”. La vida social va generando normas que prescriben conductas que sus miembros tiene como debidas o prohibidas. Todas las reglas de conducta son la formulación de un juicio que afirma que una conducta es buena, cuando perfecciona a la persona, a la sociedad o al propio Estado como poder político; que es mala cuando las degrada, cuando estos juicios son compartidos y observados en una sociedad y se refuerzan sistemáticamente de alguna manera, se dice que existe un Estado de Derecho.

Los diferentes grupos humanos tienden a asegurar el cumplimiento de los deberes ético sociales por medio de leyes, procedimientos, incluyendo reglamentos, decretos, y demás disposiciones administrativas e incluso particulares o de grupos intermedios. Son una multitud de deberes de contenido muy diverso, que comprenden por ejemplo, el deber de pagar una cuota de mantenimiento en el club deportivo, el de respetar los estatutos de una asociación civil, o el reglamento de higiene de una empresa, así como el de elegir a sus gobernantes y contribuir al gasto público. La mayoría de las leyes

prevén una sanción o castigo para el caso de que sean incumplidas, sanciones que son impuestas por los órganos gubernamentales que deben cumplir con determinado procedimiento previamente establecido, existiendo también órganos con procedimientos de control de la función sancionadora del Estado conocido como *Ius puniendi* (derecho de castigar), para el caso de excesos o deficiencias en su ejercicio, regulando así de manera equitativa las relaciones de justicia entre el estado y los gobernados, a efecto de que el gobierno de la sociedad se dirija al bien común, y no a bienes parciales o de grupos o sectores privilegiados, por ello en la práctica debe existir una separación entre las instancias con autoridad y las instancias con potestad, ya que de confundirse éstas darían origen a un Estado despótico y autoritario que fue característico de épocas afortunadamente dejadas atrás por el Estado moderno.

1.1.1. EL PROCESO JUDICIAL EN EL ORDEN SOCIAL.

Desde el punto de vista gramatical la palabra “proceso” quiere decir la sucesión de actos vinculados entre sí, respecto de un objeto común. La palabra “judicial” proviene del Latín *iudicium*, que originalmente significaba en el Derecho Romano, la segunda etapa del proceso jurisdiccional, la cuál se desarrollaba ante el *Iudex* designado por el Magistrado; posteriormente y de manera particular en el Derecho común Europeo, el *iudicium* fué no solo una etapa sino todo el proceso. El proceso judicial, también llamado proceso jurisdiccional en general, tiene como finalidad la solución de una controversia entre partes con posiciones antagónicas deducidas ante un órgano jurisdiccional, sin embargo, cabe acotar que el proceso penal es el que debemos abordar en este trabajo con mayor énfasis, dado que es en él donde adquiere relevancia la intervención del testigo protegido, figura protagónica de este trabajo.

El proceso penal sugiere la idea de la pena; y ésta la idea del delito; de lo que se infiere que el proceso penal se emprende para castigar los delitos o crímenes, es decir, aquellas acciones u omisiones de los individuos tipificadas en la ley como delitos, aunque hay que recordar que no solamente se castigan los delitos sino también algunas otras perturbaciones al orden social menos graves que se les llama contravenciones o infracciones. Aquí cabe citar lo dicho por Garófalo, quien manifiesta: “El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad

y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad, según ciertas modalidades convencionales para los individuos y las colectividades”.¹

Los delitos perturban el orden y la sociedad necesita orden; por ello al delito debe seguir la pena como sanción, para que la gente se abstenga de cometerlos y la persona que lo ha cometido interiorice su falta y de esa manera pueda reintegrarse a la convivencia social, dicho de otra manera, para que pueda recobrar su libertad, que es el dominio de sí mismo, por ejemplo: alguna persona roba, ahí se actualiza el delito, por tanto hay que ponerlo en prisión, ahí se actualiza la pena, se cree que delito y castigo son hechos equivalentes, cuya equivalencia restablece incluso el orden social, sin embargo, esa equivalencia disfraza la estructura profundamente distinta entre uno y otro. A su vez la facultad de castigar la desempeña el Estado como entidad en la que recae la voluntad del pueblo, aquél a su vez la delega en el Juez, que es quien desempeña las facultades jurisdiccionales, actividad que entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal a situaciones concretas para que se determine quien tiene la razón total o parcial (*ius diceré*; facultad del juez de decir el Derecho), el acusado o su acusador deducidas ante el órgano estatal que ejerce facultades jurisdiccionales.

El proceso es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico. El órgano jurisdiccional y quienes acuden ante él desarrollan una actividad preliminar al dictado de un fallo, con el objetivo de fijar sus posiciones y aportar las pruebas que acrediten: el acusador la culpabilidad del procesado y éste su inocencia. Al conjunto de todos estos actos se le denomina proceso. En ocasiones se ha utilizado la palabra “proceso” como sinónimo de “procedimiento”, sin embargo, no existe sinonimia entre ambos vocablos, puesto que procedimiento es la acción o modo de obrar y en el proceso se contemplan las diversas etapas en abstracto. De donde podemos decir que, proceso es abstracto y procedimiento es concreto. En el proceso se previene una secuela en orden al desempeño de la función judicial, mientras que en el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real. En este orden de ideas, considero de gran acierto lo sostenido por el maestro Eduardo Pallares cuando dice: “En su acepción más general, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que

¹ GARÓFALO, *La Criminología, Estudio sobre la Naturaleza del Crimen y Teoría de la Penalidad*, Editorial Daniel Jorro, Madrid, España, 1912. Pág. 37

sucedan en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación. Así entendido, el proceso es un concepto que emplean lo mismo la ciencia del Derecho que las ciencias naturales. Existen, por tanto, procesos químicos, físicos, biológico, psíquicos, etc., como existen procesos jurídicos. Para que haya un proceso no basta que los fenómenos o acontecimientos de que se trate se sucedan en el tiempo. Es necesario, que mantengan entre sí determinados vínculos, que los hagan solidarios los unos de los otros, sea por el fin al que atiende todo el proceso, sea por la causa generadora del mismo. “...El proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que persiguen lo que configura la institución de que se trata. En su acepción jurídica más general, la palabra proceso, comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales civiles, penales, mercantiles, etc...”² Así también el procesalista italiano Giuseppe Chiovenda conceptúa al proceso de la siguiente manera: “... es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”.³ Proceso y procedimiento son voces que tienen una connotación propia, por ello no son equivalentes, etimológicamente la palabra procedimiento se deriva del verbo latino *is, essi, essum, dere* (de pro adelante, y cado, retirarse, moverse, marchar) de donde tenemos que procedimiento quiere decir adelantar, ir adelante con alguna actividad. Por cuanto concierne al término proceso, se deriva del latín *processus* que significa progresión por las etapas sucesivas de que consta, entre proceso y procedimiento no hay sinonimia, sino solo ideas afines, como analogía no es lo mismo que identidad, aunque parezcan iguales y esencialmente dinámicas. El conjunto de actos efectuados de manera ininterrumpida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones y de quienes en él intervienen, dan forma y constituyen el procedimiento penal que les indica el modo de obrar, la fórmula para proceder y el método a seguir. Se inicia a partir del momento preciso en que el Ministerio Público, con las facultades que le confiere la Constitución y que adelante analizaré en el capítulo respectivo, tiene noticia de la comisión de un delito (*Notitia criminis*), lo investiga y ejercita la acción penal, y termina con la sentencia que pronuncia el órgano jurisdiccional que es el Juez, a quien corresponde de manera exclusiva la imposición de penas de conformidad con la

² Diccionario de Derecho Procesal Civil, 5ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1966. 603 Pág.

³ Instituciones de Derecho Procesal, Vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1954. Pág. 41.

propia Constitución, su objeto estriba en dilucidar los hechos a través de una actividad ordenadora, conjunta y sistemática hasta llegar al conocimiento de la verdad histórica.

Por su parte el proceso penal propiamente dicho, se inicia al promoverse por parte del Ministerio Público la acción penal, y termina con la sentencia que pronuncia el Juzgador. Puede conceptuarse como el conjunto de actos del órgano jurisdiccional y de los otros partícipes, encaminados al conocimiento de la verdad con el propósito invariable de la sentencia. Como puede observarse ambos concluyen con la sentencia, sin embargo, ambos prosiguen si ésta es impugnada por medio de algún recurso.

La investigación estrictamente técnica, desecha la imprecisión especulativa del empirismo, de ahí que en el proceso aparece una cadena de vinculaciones en múltiples formas, que dan orden por imperatividad normativa, que se traduce en el límite y equilibrio mutuo de los derechos y obligaciones de las partes. Las actuaciones practicadas por el Juez, deben caracterizarse por su claridad, distinguirse por su precisión, destacarse por su autenticidad y sobresalir por la exactitud tanto en el fondo como en lo circunstancial. Deberá haber brevedad en su expresión y en todo cuanto contribuya con el conveniente sistema para enjuiciar, desechando fórmulas rutinarias y el engorro burocrático, para abrir paso a la celeridad que la Ley procesal y la Constitución General de la República exigen, y así de alguna manera aligerar la violenta situación moral que el procesado enfrenta, cuando se sujeta al proceso, siempre bajo la protección jurídica que su condición humana trae consigo.

De lo anterior se desprende, que el *ius puniendi* sin el proceso, estaría desprovisto de efectividad; porque el Derecho Penal para realizarse, necesita, de manera inevitable, ser declarado a través de una exigencia de extrema rigidez e imparcialidad en el juicio, que pone fin en el momento de la sentencia, cuya legalidad es racionalmente insoslayable.

Del mismo modo que es conveniente determinar los atributos y peculiaridades de las personas o cosas para poder distinguirlos de los demás, también es útil señalar las características o principios generales del proceso penal, mismos que nacen del objeto mismo del proceso y que buscan con empeño y perseverancia la verdad histórica bajo el imperio de la norma, que son a saber:

PRINCIPIO DE NECESIDAD.- La acción penal como realidad y resultado de la organización social-política y régimen jurídico, limita la actuación

jurisdiccional, de igual manera el proceso una vez iniciado, establece un vínculo jurídico entre el Ministerio Público y el Juez, a fin de hacer posible la declaración del Derecho. Por lo tanto, sin proceso no hay juicio y sin juicio no hay sentencia. Esto significa que la naturaleza del proceso es de carácter necesario, como ontológicamente es necesaria la legalidad, pues toda persona sujeta al proceso penal debe ser declarado culpable o inocente de conformidad con las normas legítimas establecidas, cuya nota de necesidad es absoluta.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- La legalidad como lo mencionamos líneas arriba, es ontológicamente necesaria, se ajusta a las exigencias de la lógica y se nutre de las sugerencias de la equidad, debe decirse que la ley jamás aprisiona la libertad de apreciación del Juez, porque haría difícil la aplicación de la ley misma. El Juez no está por encima de la Ley, pero tampoco por debajo de la misma, conserva su categoría autónoma, y está en paralela situación a ella, porque también atiende a la conservación del orden público o Estado de Derecho. La ley es una descripción de como se desarrollará un proceso en el futuro, luego, el principio de legalidad consiste en que todo procesado debe ser declarado inocente o culpable de acuerdo con las formas legítimas del procedimiento que se rige por la norma. Se destaca éste principio por estar elevado a categoría de índole constitucional, ya que dicha Garantía se consagra en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, una vez iniciado el proceso, por ningún motivo debe desviarse porque sería un atentado a la estructura técnica del mismo.

PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD.- El proceso es indisponible, porque nadie esta legalmente facultado para alterar la integridad y realidad jurídica de la relación pública: en el proceso penal no existen decisiones unilaterales que lo limiten o modifiquen, porque carecen de trascendencia jurídica, de permitirse sería éste ontológica y doctrinariamente aniquilado, lo primero deviene de su propia esencia y lo segundo por la siempre vigente fórmula: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (el Derecho público no puede ser alterado por pactos de los particulares).

En el proceso impera, el criterio lógico, el criterio cronológico y, el criterio finalista.

El criterio lógico, por la conexión del antecedente y el presupuesto de los actos sucesivos, porque no se trata de un cúmulo de episodios sin enlace y discordantes.

El criterio cronológico por el orden de sucesión que excluye la simultaneidad. El orden finalista, porque se orienta inevitablemente al fin predestinado: la sentencia.

Luego entonces, nadie absolutamente nadie, ni el procesado, ni el defensor, ni el Ministerio Público (órgano institucionalmente imparcial), ni el Juez (que siempre debe permanecer con toda majestad en el justo y perfecto equilibrio), pueden disponer a su antojo del proceso, ni por convenio, ni por decisión, dado que paralizarían arbitrariamente la marcha del mismo que es “un complejo de actos concatenados que se suceden los unos a los otros”⁴

PRINCIPIO DE AUTONOMIA.- Si el Derecho Procesal Penal es una rama autónoma dentro del ordenamiento jurídico, el proceso, que forma parte de ése ordenamiento jurídico, participa de la misma naturaleza por razón lógica y natural. El Derecho Procesal es autónomo frente al Derecho Sustantivo, como el proceso penal lo es frente al proceso civil, dado que se rigen por normas propias con entera independencia y con distinta regulación jurídica.

PRINCIPIO DE INMEDIATIVIDAD PROCESAL.- En el proceso civil no es necesario conocer a las partes contendientes. Más todavía basta el estudio de la continuidad procesal para resolver la cuestión jurídicamente planteada según lo probado. En cambio, en el proceso penal, público por excelencia, se establece un vínculo entre el Juez y el procesado que es el protagonista a quien se va a juzgar, y para ello el órgano de decisión debe estudiarlo inexcusablemente, es decir, en materia penal surge como personaje importante en el episodio dramático, el hombre, que no es fenómeno jurídico, ni imaginación ontológica, sino persona que por naturaleza es superior a las cosas en tiempo y dignidad, de donde el Juez, que también es un hombre genéricamente hablando, debe evitar toda tendencia apasionada y desplegar sagacidad y objetividad al examinar los hechos, las pruebas y al procesado mismo. Todo esto es factible mediante una técnica perfeccionada e inteligente en el interrogatorio, de ahí que la declaración preparatoria sea la mejor oportunidad procesal para la búsqueda de datos idóneos que conduzcan con el auxilio de las demás pruebas al conocimiento del hombre y de la verdad efectiva.

PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD.- Consiste en que la relación jurídica procesal solo tiene una forma de resolverse, es decir, a través de la sentencia del

⁴ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, Traducción de L. Prieto Castro. Bosch Casa Editorial, Barcelona, España. Pág. 112.

Juez, quien debe ser fiel a su convicción e incorruptible, sin olvidar que por su propia calidad humana, carece de fórmulas de infalibilidad, por eso la sentencia tiene valor intrínseco que radica en la profundidad de su concepción inexorablemente imparcial, y que constitucionalmente se le conoce como Garantía de Seguridad Jurídica consagrada en el artículo 19 Constitucional.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Por naturaleza el proceso penal es de orden público tanto en su inicio como en su desarrollo y terminación, Francesco Carrara el siempre clásico de la construcción jurídica, señala “la publicidad de los juicios sirve de Garantía a la verdad, de obstáculo a la calumnia, de freno a las sentencias precipitadas, al mismo tiempo que es el instrumento de la seguridad y de la inviolabilidad del Derecho que, ante todo, se ve reafirmado por el juicio mismo”.⁵

Si el proceso penal es de orden público, los particulares no pueden desentenderse de la observancia de la Ley procesal, porque sus preceptos rigen y someten los actos futuros y serán aplicables a los procesos pendientes, aquí no rigen derechos adquiridos ni retroactividad de la ley procesal.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD.- Se debe a la validez misma de los actos procesales que se llevaron a cabo con el apoyo en una norma derogada, cuya eficacia jurídica debe permanecer intacta, como la consecuencia jurídica que de ellos emanen.

⁵ CARRARA, Francesco. Programa Fundamentos de la Pena. Traducción de José Ortega Torres y José Guerrero, vol. II, Librería Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Pág. 25.

1.2. EL TESTIGO Y SU FUNCION JURIDICO SOCIAL.

Conforme lo citado con antelación, todo individuo está obligado a respetar y velar porque se haga respetar el orden social de la colectividad, en aras de que prevalezcan los derechos de todos sus integrantes, así como de las instituciones emanadas de la propia organización social, es decir, debe constituirse en elemento e instrumento del orden jurídico procesal del Derecho vigente para su sociedad, cuando las circunstancias de los hechos requieran de su auxilio por virtud de haber presenciado hechos que se ventilan ante un Juez, mismo que no los presenció y que recibe de parte del acusado, su defensor, y del Ministerio Público versiones diametralmente opuestas de como sucedieron los hechos, por lo que busca conforme al procedimiento, elementos de juicio que lo hagan llegar a conocer la verdad real e histórica de los hechos, así como las circunstancias y peculiaridades de las acciones u omisiones que pueden ser típicas de un delito.

El testigo debe obrar en conciencia motivado por la verdad del acto presenciado y de las circunstancias percibidas por medio de sus sentidos, esto es psicológicamente explicable porque el testigo para declarar no esta sujeto a ningún interés que lo motive a conducirse con falsedad, sino con el único ánimo de participar en el proceso que ha sido creado dentro de la sociedad a la que pertenece y con la finalidad de que la ley se aplique conforme a las reglas preestablecidas, es decir, solamente queda sujeto a las exigencias de la realidad que advirtió.

Quien declara con verdad ante una autoridad, no solo la jurisdiccional, pone su conducta y su honor al servicio de su comunidad para la consecución del bien común en concordancia con los principios de equidad y de justicia que persigue. La fuerza del testimonio queda al margen de toda condición subjetiva ya que pretende validar la verdad buscada con el proceso, así lo demanda la razón y así lo reclama la justicia, el testigo al rendir su testimonio, coopera para esclarecer el conflicto de intereses que separan a las partes en lucha procesal, de la contienda entre el Ministerio Público y la defensa, evitando el enfrentamiento recíproco y dando paso al proceso cultural de la norma jurídica, para el triunfo de los valores éticos, jurídicos y sociales de la comunidad, aparentemente ocultos pero que el Juez encontrará en el análisis definitivo de las pruebas aportadas por las partes, valores sin los cuales la sociedad carecería de razón de ser.

Al parecer el testimonio puede presentar muchos puntos vulnerables porque no ha sido objeto de un análisis lógicamente construido que, sin embargo, no impiden el avance triunfal del proceso, dado que será sometido a ello en el momento procesal oportuno. Además los puntos vulnerables, aparentes, débiles y reales, pueden quedar fortalecidos con otros elementos con calidad probatoria. Quien franca y sinceramente dice la verdad cuando testifica, impulsa y conduce al Juez a utilizar con finura y precisión el método lógico y científicamente fundado para que pronuncie su sentencia revestida de poder soberano, como coexistencia del elemento volitivo y su fundamento legal; la sentencia que cumple con todos los requisitos de fondo aludidos, habrá puesto al descubierto la verdad histórica que tan afanosamente se buscó en el proceso, mediante un encadenamiento científico.

1.3. LA PROTECCION A LAS PERSONAS.

Como ha quedado anotado líneas atrás, en un Estado de Derecho, tanto el ente gobernante como la Ley misma, tienen como finalidad buscar la felicidad del individuo que viva en sociedad, y estar al servicio de éste; por su parte el Estado tiene que organizarse de una forma que busque aquellos fines y metas que se proponga como ente supremo y ordenador, y por la suya el Derecho le dará a aquél, el mecanismo jurídico necesario para realizarlos, entonces al jugar este papel, el individuo impacta de una forma que se relaciona con ambos, Estado y Derecho de los cuales es creador originario, pero para que esto se logre debe necesariamente subordinarse a las normas jurídicas implantadas dentro de su sistema de organización política.

El bien común va a buscarse siempre en un ambiente de igualdad, libertad, justicia y seguridad hacia los individuos que conforman la sociedad, sin embargo, históricamente al surgir la propiedad privada y las clases antagónicas dentro de la organización social, se ha hecho necesaria la intervención del Estado como poder político a efecto de proteger, tutelar y regular las Garantías de los individuos, por medio de normas establecidas, es decir, por medio del Derecho. La función protectora del Estado en relación con los individuos se caracteriza por ser una actividad coordinada de los funcionarios que forman parte de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para que todas sus acciones regulen las relaciones entre los gobernados de manera libre, justa e igualitaria para la consecución de los fines propios de la convivencia social, en efecto, el Estado de Derecho implica para el Estado una estructura jurídica que limite derechos y establezca obligaciones para los ciudadanos, además de una actuación coactiva respecto de éstos últimos, que es precisa donde y cuando no se cumpla la ley de manera espontánea, no la ley del más fuerte, sino la ley de la razón en la cuál todo ser racional reconozca la voluntad propia. La función protectora del Estado respecto de los individuos gobernados, es tan amplia como compleja sea la organización de que se trate, sin embargo, cabe resaltar que existen derechos que de manera constante deben ser especialmente conservados por el poder en cualquier forma de organización político social, mismos a los que también se les ha denominado derechos naturales (*ius naturale*), o bien, como a últimas fechas se les conoce Derechos Humanos; Norberto Bobbio afirma que dentro de la evolución de éstos se pueden distinguir, cuando menos, cuatro fases. Nacen, en primer término, como propuestas de los filósofos iusnaturalistas, de los autores que afirman la existencia de estos derechos como

inherentes a la naturaleza humana. John Locke sostenía que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos por naturaleza que nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él mismo puede enajenar. Los derechos humanos, son pues dentro de ésta concepción inalienables e imprescriptibles. cita Bobbio “la libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal a perseguir, no una existencia, sino un valor; no un ser sino un deber”.⁶

La segunda fase de ésta evolución se produce precisamente cuando los derechos a la vida, a la libertad y a la igualdad son reconocidos por las Declaraciones de Derechos de Inglaterra de 1689, y de los Estados que formaron las colonias inglesas en América de 1776 a 1784, así como por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La francesa fué mucho más amplia, clara y precisa que las demás en el reconocimiento de los derechos humanos y se convirtió en un modelo para la mayoría de las Constituciones occidentales, entre las que destacan las de nuestro país de 1857 y 1917.

La tercera fase se inicia con la declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) Es la fase de internacionalización de los Derechos humanos. La Declaración Universal es el primer sistema de principios y valores esencialmente aceptados y reconocidos por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra, a través de sus respectivos gobiernos, representando la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX.

La última fase está constituida por lo que el filósofo italiano llama la “especificación” de los derechos humanos, que consiste en el paso gradual hacia una posterior determinación de los derechos, en razón de las características propias de sus titulares o de los propios derechos. Es una fase que se encuentra en pleno desarrollo y que debe responder a las exigencias que plantean los cambios en las sociedades contemporáneas; ya en la actualidad podemos contar con los derechos del niño, de la mujer, de los consumidores, etcétera.

En cuanto a su contenido, estos derechos pueden ser Derechos de libertad, es decir, aquellos que tienden a limitar el poder del Estado y a reservar al individuo o a los grupos particulares una esfera de libertad frente al Estado. Derechos políticos, que al concebirse la libertad no solo negativamente como no-impedimento, sino positivamente como autonomía, han tenido como consecuencia la participación cada vez más amplia, difundida y frecuente de los miembros de una comunidad en el poder político. Por último los Derechos

⁶ BOBBIO, Norberto. Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. Traducción de José de Asís Roig, Madrid, España, 1991. Pág. 67.

sociales que expresan la maduración de las nuevas exigencias, de los nuevos valores, como los del bienestar y de la igualdad no solamente formal.

En la actualidad el Estado frente a los Derechos humanos tiene como problema fundamental la tutela efectiva dentro de su actuación como poder político, así como la manera de garantizarlos para impedir que sean violados. Para la tutela de los derechos humanos deben considerarse tres aspectos básicos: la promoción que es donde se ubica el conjunto de acciones que se orientan a inducir a los Estados a introducir o perfeccionar su sistema legal, tanto en el ámbito sustantivo como procesal y, el control que se ejerce a través de los organismos gubernamentales y no gubernamentales con medidas que los distintos organismos pongan en practica. La garantía para la eficacia de éstos derechos, no pueden sino residir en la organización de Tribunales independientes, imparciales y eficientes; y en la regulación de instrumentos procesales que aseguren la defensa oportuna y eficaz de los derechos humanos de las personas que intervienen en un procedimiento, y dicho sea de paso, éste es el aspecto que interesa para los efectos del presente trabajo, dado que es la necesidad de que el Estado proporcione protección a las personas que intervienen en un proceso, la idea que nos mueve a desarrollarlo, limitándonos a la materia penal por ser ésta en donde se desenvuelve la figura de los testigos protegidos, así como que la reacción jurídico penal es la más grave y dramática forma de reacción social y donde el Estado utiliza un impresionante aparato de coerción y represión muy superior a otras reacciones, que la convierte en la más dura, violenta y mejor organizada forma de reacción social. Siendo que éste aparato, con ligeras variaciones de un país a otro, está compuesto por cuerpos de policía, Jueces, Jurados, Ministerios Públicos, celadores, a los que se agregan abogados defensores, testigos, peritos, inculpados, todos bajo una base normativa: las leyes penales sustantivas y adjetivas, con una finalidad: la aplicación de la reacción penal del Estado o *Ius puniendi*, es así como queda claro el sentido humanista y de respeto a las Garantías que debe revestir dicha actuación.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL TESTIGO PROTEGIDO.

2.1. FENOMENOLOGIA DEL SIGLO XX.

Producto de la complejidad propia de la transformación social, particularmente en el siglo XX dados los avances tecnológicos, también la delincuencia se ha visto obligada a modificar sus estrategias y formas de organización al actuar en busca de los fines ilícitos que la caracterizan, así tenemos por una parte el crecimiento alarmante de una delincuencia tradicional, a la que se agrega la presencia y auge de la delincuencia “moderna”, desde la violenta hasta la fraudulenta. Díganlo si no, el terrorismo, el abuso de poder, la industria del secuestro, el robo de vehículos, la delincuencia de cuello blanco, el desvío de recursos públicos, solo por mencionar algunas modalidades. Por otra parte, se han retraído vencidos por obsoletos o inaplicables a la realidad jurídica mexicana, algunos medios de control social clásico no punitivos. Además, las instituciones de seguridad pública, procuración y administración de justicia sufren desconcierto ya que no acaban de hallar su lugar y su camino en esta sociedad constantemente cambiante. La ineficacia y la corrupción asedian los trabajos del Estado y las expectativas de una sociedad cada vez más atribulada y exigente, de ahí se sigue a la exasperación y desesperación que son pésimas consejeras, sugiriendo a falta de soluciones de fondo, acciones triviales pero vistosas. Es aquí donde resurge la errónea ilusión de que los castigos severos, los procesos con Garantías recortadas, las medidas cautelares avasalladoras y la introducción de figuras propias de sistemas extranjeros, son la mejor solución para el ataque frontal a la criminalidad, sacrificando injustificadamente las Garantías que históricamente la justicia mexicana ha enarbolado.

En efecto, en México actualmente el régimen legal contra la delincuencia organizada y específicamente la figura de los Testigos protegidos es el enclave de un Derecho penal en amplio sentido - orgánico, sustantivo, adjetivo, ejecutivo- que contraviene muchos de los principios de la justicia penal democrática. Tenemos así, un doble sistema: el ordinario que proviene de una larga, lenta y azarosa evolución histórica, y el advenedizo que se aloja en la L.F.D.O. Es el caso que hoy en México tenemos dos problemas con la ley citada y con la figura de los testigos protegidos: el de que la delincuencia organizada subsiste, y el de que estas figuras comienzan a dar tropiezos, contraviniendo incluso, los derechos humanos que revisten el proceso penal mexicano.

Se ha dicho con gran ligereza que los derechos humanos son un obstáculo, e incluso que las instituciones que vigilan su cumplimiento se han tornado en protectores de delinquentes y que son un obstáculo para la prevención del delito

y la persecución de los mismos; este criterio es inadmisibles, auspiciado por la ineficacia y la corrupción, que quieren justificarse ante los ojos cada vez más agudos del pueblo, nos orilla a suponer que las Garantías individuales, y en última instancia la propia Constitución Política son piedras en el camino de la paz social; de tal manera el individuo se vería atrapado entre la exigencia de observar derechos humanos que ponen en peligro su vida y sus bienes, y la necesidad de emplear medidas drásticas para combatir el crimen, ¡Vaya falso dilema!

La rectitud y el decoro, la prudencia y el honor que afloran del hombre, son valores de suprema importancia para valorar el comportamiento y establecer la categoría de la dignidad en la persona, esto es muy independiente de que el hombre, por el solo hecho de serlo, es un ente de rango superior a todo cuanto sea reconocido como irracional.

La vida es enlace, ajuste y convivencia de hombres entre sí, con recíproco influjo y mutua sumisión, por exigencia y por voluntad de cada uno, sin que esto signifique pérdida de la libertad y del libre albedrío personal, es decir, sin que se vea reducido el dominio singular sobre los actos propios de cada individuo. La convivencia social no es renuncia, sino plenitud humana como ente social.

Antes de que existiera la sociedad y antes de la existencia del Estado, el hombre siempre ha tenido Derechos Naturales, que deben ser reconocidos y garantizados. Antes de la concepción sociológica, antes de la configuración jurídica y antes de toda Constitución, está el hombre con sus derechos y deberes que confirman su discernimiento ético. El reconocimiento y la tutela jurídica son cronológicamente posteriores. Sin el hombre no hay sociedad y sin sociedad no hay Estado como organización concreta de poder. El Estado carece de facultades para obligar al hombre a establecer juicios de valor. No tiene autoridad para imponer normas sobre el bien y el mal, no puede establecer reglas sobre creencias y sobre fe, si se atreviera, saldría del ámbito de sus atribuciones específicas y entraría osada y peligrosamente, en lo íntimo de la personalidad del hombre que tiene pleno Derecho para tomar sus propias decisiones, con tendencia hacia una vida superior al tiempo y a la sociedad política a la que pertenece.

Si los Derechos humanos son jurídicamente exigibles, se necesita jurídicamente también, la norma concreta en el ámbito del ordenamiento del Estado que los proteja y les proporcione los medios idóneos para su conservación, a través de las Garantías también idóneas, y que se señalan principalmente en la Constitución.

La autoridad del Estado queda limitada frente a los Derechos subjetivos; esta limitación rígidamente establecida en la Constitución, es la forma más efectiva de defensa de esos derechos que abarcan desde la libertad de pensamiento y de reunión, la libertad económica y de religión, con el nombre de Derechos civiles, con las limitaciones precisas para no violar los Derechos de los demás, encierran también la libertad de asociación de los partidos políticos y los Derechos de índole electoral, vinculados a la participación en la dirección política y en la representatividad, en pleno ejercicio de la libertad activa del individuo, es así como surgen los Derechos políticos del hombre. El Derecho de asistencia, a la enseñanza, a la salud, al salario, necesarios para el desenvolvimiento cultural del hombre, constituyen en su conjunto los derechos sociales del hombre. Sin embargo, estimo que las tres categorías necesitan y exigen protección y seguridad de Garantías, lo que da origen a una categoría más que va a estar constituida por todas aquellas normas y procedimientos encaminados a hacer que prevalezcan y se cumplan éstas Garantías en la vida de cualquier individuo.

Por otra parte, si toda ley está fundada en el Derecho natural, entonces debe ser positiva de conformidad con los postulados de la recta razón. La ley positiva no es sino la decisión contingente que se realiza por la libertad del acto legislativo que debe apoyarse en la prudencia y en el sentido crítico que proporciona el discernimiento, excelencia suprema del hombre, solamente así se estará frente al acto legislativo de estricta justicia y razón: si la ley positiva es jurídica, es incuestionable que el orden jurídico en un sector considerable de su ámbito de validez, depende de la ley natural. Además y siempre con apoyo en la legitimidad de premisas, se puede afirmar que si la justicia es ante todo una virtud, un valor cuyo objeto no es sino el Derecho, la virtud es lo que hace bueno el acto y por tanto al que lo realiza, y si el objeto de la justicia es lo exterior, es indudable que el Derecho tiene necesariamente una fuerte expresión de calidad moral.

Es preciso convertirse en prisionero de la razón y de la filosofía en la búsqueda de la verdad a fin de concebir a fondo los derechos humanos, solo de ésta manera se llegará a la concepción de la justicia que es la condición absoluta de los fines del Derecho.

2.1.1. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

Los aumentos de la criminalidad en los últimos 35 años en los Estados Unidos son reales, aunque para calificarlos hay que darles profundidad y nivel, con base en sus elementos criminógenos propios de su población y fenómenos sociales y económicos; a partir de la década de los 70's, se recrudece el crimen violento, por disparadores coyunturales, que afectan la vida en sociedad, por ejemplo el término de la guerra de Vietnam, las corrientes de izquierda, aunadas a la idiosincrasia juvenil y la segregación de los valores morales en la familia.

Emulando a las grandes compañías estadounidenses transnacionales, las organizaciones criminales se han valido de los avances de la ciencia y la tecnología para ganar también terreno en la misma tendencia globalizante. Nuestro vecino del norte es el más grande consumidor de drogas a nivel mundial, y el más eficiente centro de lavado de dinero producto de actividades ilícitas, actividades que según cifras oficiales del gobierno estadounidense generan entre 500 y 800 mil millones de dólares anuales. Para repeler el avance del crimen se han visto en la necesidad de implementar desde hace ya más de 30 años, estrategias de negociación entre las instituciones de investigación y los propios delincuentes, sin embargo, aunque a la fecha se estima que existen 6,800 testigos protegidos, esto no se ha reflejado en la disminución de tales actividades, dado que su magnitud sigue en aumento.

La “negociación” del proceso penal en la Legislación de los Estados Unidos de América, ha tomado dos caminos procesales bien definidos: en el primero se negocia con el acusado, el fiscal denominado *District Attorney* plantea los términos y el Juez de la causa o posible causa los acepta; si el acusado se declara culpable de un delito menor, la Autoridad y el fiscal se ahorran el proceso, entonces se levantan los cargos y se le absuelve de un delito mayor. El segundo es el camino de la “negociación” que se lleva a cabo con los testigos, se le conoce a esta figura como *Protected Witness*, a un acusado o posible acusado se le elimina de un encausamiento presente o futuro, si se declara en contra de otro cómplice, o miembro de la misma asociación delictuosa, o de un tercero, y adicionalmente se le proporcionan las medidas y precauciones encaminadas a su protección; en casos muy especiales se le proporciona de manera artificial e incluso ilegal una nueva identidad, cambiándolo a él y a su familia de nombre,

dándoles nuevos documentos identificatorios, a veces avecindándolos en otra Ciudad, con un nuevo empleo, inclusive si el caso lo requiere dotándolos de la nacionalidad norteamericana. Visto lo anterior a la luz de la Cultura jurídica mexicana, resulta por supuesto violatorio de diversos principios legales tanto civiles como penales, que se ven destrozados con el único afán de obtener un resultado cómodo. El llamado *plea bargaining* (petición de negociación), definitorio del Derecho de Estados Unidos, fundamenta la oportunidad en la posibilidad de un juicio arreglado o negociado, de suerte que el Fiscal y acusado, tienen previamente convenida una reducción de la pena que, en otro caso le correspondería al encausado, solicitan sentencia ante el órgano decisorio sin abrir la etapa del contradictorio, fundamentándose la resolución judicial en la confesión por el acusado de los cargos que pueden ser, en principio, de muy inferior gravedad a los que inicialmente podían haber iniciado su acusación.

2.1.2. ESPAÑA.

El caso Ibérico es un tanto más amplio y elaborado, además de que constituye un ejemplo de Legislación perteneciente a nuestra cultura jurídica; en aquella nación existe la Ley Orgánica de Protección a Peritos y Testigos en Causas Criminales de España, expedida el 23 de diciembre de 1994, pero resulta bien claro que en ella la protección es en defensa de esos sujetos procesales que se ven expuestos a diversos peligros por declarar la verdad; o al menos “su” verdad, y no en la negociación con criminales.

En España mucho se ha discutido el deseo mayoritario de permanecer dentro del sistema de legalidad en la acusación pública, o bien adoptar el sistema de oportunidad en la actuación del Fiscal. Manuel Marchena Gómez en su monografía “El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro” nos ilustra con singular elocuencia dogmática respecto a estas concepciones: “No parece de recibo la afirmación del principio de oportunidad en su manifestación más pura. Esto es, una oportunidad que se hiciera sinónimo de conveniencia, de posibilismo, de calculada estrategia en el ejercicio de la acción penal. Elementos imperativos derivados de los principios de rango constitucional como la seguridad jurídica, la igualdad o la misma interdicción, o de la arbitrariedad de los poderes públicos, chocarían frontalmente con la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, constando acreditada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y punible, así como la persona responsable del mismo, se abstuviera de actuar la

acusación porque lo considerará acertado, oportuno o conveniente. La idoneidad del principio de oportunidad así concebido, lo descarta, incluso como hipótesis de trabajo. Surgen entonces otros enunciados del controvertido criterio de persecución penal que, postulando controles legales y judiciales, hacen de aquella facultad una oportunidad reglada. Así define Gimeno Sandra: “el principio de oportunidad como la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho posible contra un autor determinado. Las posibilidades de disposición del Acusador Público varían en su contenido en función de las características específicas de cada una de las legislaciones que acogen la oportunidad reglada como criterio de realización del *ius puniendi*”.

2.2. ANTECEDENTES EN MEXICO.

En nuestro país, como en muchos otros, el problema de la delincuencia organizada ha cobrado presencia y gravedad a propósito del Narcotráfico, dado que es hoy por hoy, la actividad criminal que más recursos económicos genera. Este mismo fenómeno ha determinado acciones persecutorias en muchos países, aunque en algunos de éstos existen otras formas de delincuencia organizada sumamente virulentas, entre ellas se encuentran las tradicionales *maffias*, que ciertamente no se limitan al tráfico de drogas; también se ven vinculadas otras actividades, como por ejemplo el tráfico de armas y lavado de dinero, incluso también el terrorismo asociado a las pretensiones de autonomía de algunos Estados de Europa y Asia.

En México el narcotráfico se muestra con todas las características de la delincuencia organizada, y se halla en la cúspide de las preocupaciones estatales y sociales sobre este fenómeno. La naturaleza de las medidas adoptadas por el Estado mexicano, -acertadas unas y erróneas otras- derivan en su mayoría de la vinculación de la delincuencia organizada y narcotráfico, así como de la enorme y creciente gravedad que en los últimos años ha revestido esta familia de delitos. Al referirme a los rasgos con que se acostumbra identificar a la delincuencia moderna o evolucionada, señalé algunos ejemplos de ésta, entre los que figuran los delitos cometidos a propósito de la disposición ilícita de narcóticos. Todo lo apuntado entonces, más lo que agregaré enseguida, es aplicable a nuestro país y forma parte de los antecedentes reales de la legislación sobre la materia.

El narcotráfico a gran escala es, quizás, el típico delito moderno de la mayoría de los países, y por supuesto también lo es para México. En aquél coinciden la violencia y la astucia, tanto en sus manifestaciones convencionales como en sus modalidades evolucionadas. También aparece la participación frecuente de mujeres, cuando menos como transportadoras potenciales de drogas, también en esta especie de delitos existe la presencia de menores de edad, sea como ofendidos inmediatos, sea como participantes a través de cualquier colaboración ilícita. Con gran frecuencia es difusa la identidad de los participantes en el narcotráfico, organizados como células relativamente aisladas e independientes; e igualmente es difusa la identidad de los ofendidos: muchas personas, un pueblo entero, la sociedad en general y finalmente la humanidad. Para la perpetración de delitos contra la salud relacionados con el manejo de estupefacientes y psicotrópicos, es común que se utilicen organizaciones *ad hoc*, por tal motivo se estableció la forma agravada de asociación delictuosa para la

comisión de delitos contra la salud, que se verificaba en lo dispuesto por el artículo 196-Bis del Código Penal Federal, actualmente ya derogado. La estructura y operaciones de los grupos dedicados a cometer ilícitos de manera organizada rebasan los límites de las Ciudades, Municipios y Estados, trascendiendo al ámbito internacional. Existen diversos eslabones en la cadena internacional, sin embargo, todos ellos confluyen en un punto, que es la obtención de cantidades exorbitantes de dinero mediante la comisión de delitos de manera organizada, y muchos de ellos están jerarquizados de manera tal que muchas veces no se conozca quien es el cabecilla o jefe de la organización criminal.

Con antelación he señalado la importancia que tiene la coordinación de manera concertada de las acciones a escala bilateral y multinacional en los tres extremos de la acción punitiva, a saber: Tipificación de comportamientos reprobables mediante tipos o descripciones incluidos en sendos tratados internacionales; persecución compartida en los ámbitos de la investigación policial; y la ejecución de sanciones que se ha internacionalizado a partir de la presencia de extranjeros en los países donde se realiza el juzgamiento, no obstante cabe resaltar, que antes de llegar a cualquiera de éstas etapas de la función punitiva del Estado, éste debe diseñar campañas de prevención del delito por medio de la educación, información y disuasión del delito, teniendo en cuenta lo dicho por los griegos “hay que educar a los niños hoy, para no tener que castigar al adulto mañana”.

La preocupación y las acciones a propósito de la delincuencia organizada, en México y en otros países, se hallan determinadas fuertemente por el problema del narcotráfico (en sentido amplio, pues se trata de numerosos tipos penales, que coinciden con esta actividad) más que cualquier otro delito, lo que el legislador, el estadista, y el ciudadano común y corriente, tienen en mente cuando se alude al crimen organizado, de ahí que el trato del narcotráfico sea diferente y más intenso que el de otros delitos, según se observa en México, por ejemplo en cuanto que la L.F.D.O. sanciona con penas de prisión y multa mucho más elevadas a la delincuencia organizada que tiene por fin la realización de delitos contra la salud (artículo 4, fracción I, inciso a, en comparación con el inciso b de la misma fracción y las penas establecidas en la fracción II).

Una vez advertida la grande y creciente gravedad de la delincuencia organizada en nuestro país, bajo sus formas clásicas o como eslabón de cadenas internacionales, el Estado mexicano debió revisar su aparato punitivo, a fin de determinar la idoneidad o inidoneidad de los medios disponibles para una lucha eficaz contra la criminalidad, relativamente novedosa y sumamente lesiva. Ese

aparato se integra con una serie de medios legales e institucionales de los que dispone el Estado, independientemente de los trabajos de naturaleza preventiva, que son como ya se dijo (desde mi particular punto de vista), el mejor instrumento para evitar o reducir la delincuencia, hecho que con la mayor frecuencia se olvida u oculta en aras de una actividad puramente represiva. La decadencia de las ideas preventivas de amplio impacto, ha sido responsable de no pocas frustraciones en materia de seguridad pública, sin que esta advertencia implique, que deba desatenderse la persecución penal, tan severa, pero invariablemente racional y legítima, como resulte necesaria.

Así las cosas, el Estado cuenta con instituciones destinadas a la prevención inmediata del delito (fuerzas de seguridad pública), a la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes (organismos de procuración de justicia y auxiliares de éstos), al juzgamiento de los inculcados (Juzgados y Tribunales con atribuciones penales), y la ejecución de sanciones (sistema ejecutivo, concentrado principalmente en la sanción privativa de libertad y sus sustitutivos), es de sobra mencionar que la actuación de cada uno de estas etapas se encuentra interrelacionada y concatenada por medio de una serie de actos sucesivos que en todo momento deben ceñirse a lo prescrito por la ley y en amplio respeto de las Garantías Individuales consagradas en la Constitución y el marco de respeto a las propias instituciones emanadas de ella.

Es evidente inclusive bajo la mirada más superficial, que la eficacia de las instituciones depende de la probidad y competencia profesional de quienes laboran en ellas, de la dotación de recursos con que cuenten para el despacho de sus complejas atribuciones, y de la adecuada organización y administración que tengan. No es materia de éste trabajo explorar la forma en que el aparato persecutorio mexicano atiende estos requerimientos, sino poner en claro que la figura de los testigos protegidos no se integra de manera idónea con estas instituciones en el ámbito procedimental, como tampoco produce efectos trascendentes en la lucha contra la delincuencia organizada que justifiquen la afectación de Garantías Constitucionales que su aplicación irroga.

En cuanto a la legislación en la materia, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.), Juventino V. Castro y Castro, ha criticado las reformas al Código Penal de 1996, y particularmente a la Ley contra la Delincuencia Organizada, mencionando que van en contra del sistema jurídico nacional y propician la impunidad al crear las figuras de los testigos protegidos y la reducción de penas por acuerdos entre los delincuentes y la Procuraduría General de la República.

En entrevista con el periódico "La Jornada" en el año 2000, el Ministro deja en claro: **"comprendo la alarma de todos los funcionarios públicos frente al problema tremendo en que se ha convertido el narcotráfico en el país, el hecho de elaborar una ley en la que se brincan todas las trancas del sistema nuestro, nuestra Constitución, etcétera, es algo que no acepto y por lo tanto, puedo lanzar la voz de alarma diciendo, sí hay que evitar la delincuencia, hay que evitar la impunidad, pero no hasta el extremo de que rompamos con el marco jurídico nacional"**, La entrevista con el decano de los Ministros de la Corte se da a partir de la reciente publicación de un trabajo suyo que forma parte de un homenaje póstumo al Doctor Pedro G. Zorrilla Martínez, en el que se cuestiona la ilegalidad en que incurre la Procuraduría General de la República con los llamados testigos protegidos; y a partir de ahí aborda otros temas jurídicos que involucran también al máximo Tribunal de justicia y su futuro próximo. Estimo pertinente citar a la letra algunos cuestionamientos respondidos por el Ministro:

--¿Es constitucional la figura de los testigos protegidos?

--Yo no he abordado en mi artículo, ni me he metido en un tema tan delicado como la constitucionalidad, no lo puedo hacer porque eso lo opinaría cuando llegara el asunto --a la Suprema Corte-- si es que viene, y en los términos exactos en que los diga un abogado que plantee la inconstitucionalidad; propiamente no puedo discutir tampoco la legalidad, puesto que hay una ley que la establece.

"He hablado como un doctrinario que ha estado muy orgulloso de cómo se establecía en la Constitución de 1917 todo este sistema de protección a las personas, inclusive a las acusadas, en el sentido de que son derechos fundamentales que deben ser respetados, y me parece que es una desviación tan fuerte que ya se aceptaron prácticas legales que nunca han sido propias de México.

"Hay una diferencia fundamental: en Estados Unidos se considera que la acción penal es manejable por el acusador público, mientras que en México tenemos una tradición totalmente distinta; en otras palabras, las normas penales se crean en beneficio de la sociedad, y el acusador público es el representante de la sociedad; por lo tanto, no le es posible al sistema mexicano manejar ni testigos protegidos ni acusados con los cuales se pueda negociar, como en Estados Unidos. Esto en México es totalmente irrespetuoso, pues si la acción es de la sociedad ¿a título de qué le están rebajando penas o propiciando impunidades a nadie?"

--¿Entonces esta figura de los testigos protegidos no es un hecho aislado? ¿En las últimas reformas al Código Penal hay varios elementos de este tipo?

--Más que en el Código Penal, en la Ley contra la Delincuencia Organizada. Es evidente que el narcotráfico, y por supuesto, el continuo consumo de narcóticos y el lavado de dinero afectan a nuestro país gravemente. Es más, pasamos de ser un país de tránsito de droga a ser ahora muy adictos a muchas drogas.

2.2.1. ANTEPROYECTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN 1992.

Esto es, lo que podríamos llamar la “primera tentación reformadora”, para erigir un sistema *sui generis* acerca de la delincuencia organizada en México, montado principalmente sobre la idea de combatir de manera frontal al narcotráfico en todas sus modalidades, fué hacia el año de 1992 cuando la Procuraduría General de la República difundió un anteproyecto que contenía prácticamente todas las figuras que caracterizan un régimen más “eficiente” para contener la creciente delincuencia organizada. Este planteamiento fué totalmente novedoso en la experiencia mexicana, aunque tuviese amplias conexiones con sistemas prevalecientes en otros países de Europa y América, principalmente de los Estados Unidos de América, agobiados y tal vez desesperados por los estragos producidos por el crimen organizado.

El régimen propuesto implicaba una reducción importante de las Garantías en forma que muchos juristas y principalmente varios investigadores de la Universidad Nacional Autónoma de México, estimaron contrario a las disposiciones de la ley fundamental: No se planteó la reforma de ésta misma, probablemente el mérito de aquella propuesta radico en la abstención de plantear reformas Constitucionales, lo que trajo como consecuencia la derrota del anteproyecto, por lo que su presentación se tornó más franca ante la opinión pública y especializada, misma que fué examinada en un concurrido foro académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., el 8 de abril de 1992.

Hacia los primeros días de 1993, se difundió la idea de promover reformas a propósito del cateo y la detención de indiciados, en diversos foros se analizó este asunto, las reacciones fueron diversas, y en todo caso preocupó la

posibilidad de extender las atribuciones del Ministerio Público para que éste pudiera llevar adelante aquéllos actos en la etapa de averiguación previa de los delitos, sin embargo, no había un proyecto oficial sobre tales extremos. Poco después se formalizó el verdadero proyecto de reformas, que apareció en la Cámara de Diputados, promovido y suscrito por integrantes de este cuerpo legislativo. Hubo entonces dos iniciativas: una de ellas del 30 de junio de 1993, consideró diversas modificaciones en los artículos 16, 19 y 20 Constitucionales; la otra del 8 de julio siguiente, sugirió cambios en los artículos 19 y 107 de la propia Ley Suprema de la Nación, ambas iniciativas recibieron un dictamen común por parte de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara mencionada. Su dictamen se produjo el 8 de julio, es decir, el mismo día en que fué presentada la segunda iniciativa, ésta inquietante diligencia se ha observado en diversas reformas constitucionales y secundarias, que tal vez hubieran tenido mejor redacción y más adecuado cimiento en la realidad, si se hubiese contado con tiempo y análisis suficientes; al cabo del proceso ante el Constituyente Permanente, las reformas fuéron aprobadas por éste y expedidas el 2 de diciembre de 1993 (Diario Oficial de la Federación del 3 de diciembre), en el mismo número del Diario Oficial aparecieron otras modificaciones a diversos preceptos Constitucionales sobre régimen electoral y período de sesiones del Congreso de la Unión. La premura en la publicación ocasionó un nuevo tropiezo: en el Diario Oficial del 3 de septiembre no figuraron el nombre del Presidente de la República, ni la constancia de su rúbrica, el olvido quedó reparado con una fe de erratas que apareció el día 6 de ése mismo mes y año.

No pretendo analizar toda la reforma de ésa fecha, con sus implicaciones secundarias, lo que rebasaría mi propósito, sino solo mencionaré algunas que conciernen a delincuencia organizada y otros extremos directamente relacionados con los procedimientos del sistema penal mexicano. El anteproyecto de 1992 y las reformas de 1993, son el punto de partida de novedosas tendencias a la adopción de esquemas y figuras deplorables, que han entrañado una suerte de “siembra de problemas” como los derivados del tema principal de mi estudio. La reforma al artículo 16 trajo consigo una referencia a “delitos graves”, para el efecto de la detención del indiciado por orden del Ministerio Público. Esta expresión no fué afortunada y ha repercutido negativamente en la legislación procesal secundaria, más acertado era el antiguo criterio de la fracción I del artículo 20 constitucional, que justamente estimó la gravedad del delito en función de la pena aplicable, es decir, se remitió a la valoración que el legislador mismo hace acerca de la gravedad de una conducta

punible, medida en términos de la pena que se le asigna: en entidad y cantidad, esto es, naturaleza cuántica. Esto último se restableció en el Distrito Federal por el Decreto publicado en la Gaceta Oficial del 17 de septiembre de 1999, al reformarse el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, estableciéndose que serán delitos graves aquéllos que se sancionen con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años.

La expresión “delitos graves” irrita innecesariamente a las víctimas de conductas ilícitas consideradas como “no graves”, es decir, como “leves”, la idea de gravedad es relativa: adquiere sentido con referencia a otros datos o comportamientos, que permitan establecer una tabla de valor en la que haya diversos tramos, uno de éstos se le asignaría a los delitos graves; otro a los que no lo son, sin embargo, ¿cómo explicar al ofendido por un robo o unas lesiones, supuestamente no graves, que el delito que los victimó es simplemente leve, y que por eso el agente no deberá soportar las severas consecuencias que debería afrontar si ésa infracción tuviese la calificativa de grave?, seguramente el ofendido considera que el agravio sufrido es grave, y en efecto lo es para él, aunque no parezca serlo para el legislador. Quienes hemos tenido la experiencia de participar directamente en la procuración y administración de justicia, hemos escuchado a menudo a los ofendidos por delitos leves cuando se quejan de los beneficios que la Ley otorga a los indiciados por delitos de esta naturaleza y particularmente el beneficio de la Libertad provisional bajo caución, es necesario por tanto, que el legislador utilice expresiones aceptables para la sociedad en general; finalmente las leyes están destinadas a ésa sociedad y no solo para los juristas para los que carece de importancia el uso de términos como graves o no graves.

El propio artículo 16 señaló y señala actualmente que el periodo de retención por Ministerio Público no podrá exceder de 48 horas, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, fué así como este concepto ascendió innecesariamente al plano Constitucional. Los analistas han distinguido entre retención y detención, ambas voces denotan en esencia, un mismo fenómeno, aunque se aduzca que la detención es un acto y la retención un proceso: a mi parecer ambas son acto y proceso. Probablemente los autores de la iniciativa sabían que la averiguación previa de ciertos delitos organizados, requiere de más tiempo del que es necesario para otros casos, pero no tenían una idea clara acerca del concepto mismo de delincuencia organizada, por ello acentuaron aquella circunstancia especial. Así la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 16, destacó que en estos supuestos se podría duplicar el tiempo de retención “en razón de que a su elevada gravedad

se suma la mayor dificultad de integrar debidamente una indagatoria, sobre todo, porque en estos casos no solo es necesario acreditar la existencia del hecho ilícito y la vinculación del indiciado con el mismo, sino su relación con los demás elementos que integran la organización delictiva, que por su desarrollo ha acreditado ser cada día más compleja y sofisticada”. Más penetrante fué el dictamen de las comisiones, que contuvo criterios para orientar al legislador secundario en la delicada tarea de construir un concepto legal acerca de la delincuencia organizada: “la permanencia en las actividades delictivas que realicen, con carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización de dichos grupos, el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales del individuo y de la colectividad y que a su vez alteren seriamente a la salud o seguridad públicas”.

2.2.2. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1996.

Una “segunda tentación reguladora” se produjo en 1995; a diferencia de la anterior, está culminó en un ordenamiento formal, vigente desde 1996, se actuó bajo un supuesto jamás analizado a fondo y nunca acreditado, al menos públicamente: que no era posible enfrentar a la delincuencia organizada mucho más abundante y compleja en ésta época que en las anteriores, con las normas existentes hasta ésa fecha; resultaba indispensable, por ende disponer de un ordenamiento específico, influido por las leyes existentes en otros países, americanos y europeos que también enfrentan problemas en este campo. Derivado de ello **se enfatizó en la necesidad de implementar mecanismos que permitieran obtener información privilegiada al interior de los propios grupos criminales ante los malos resultados de la investigación tradicional, así como la posibilidad de ofrecer protección a las personas que participan dentro de un proceso penal, siendo éstas últimas consideraciones, de suma importancia para la comprensión del estudio que nos ocupa.** Una vez más se avanzó sobre un camino cuestionable: el prejuicio sobre las imperfecciones e insuficiencias del aparato jurídico disponible. La reforma legal y sobre todo la Constitucional debiera responder previamente a una serie de preguntas tales como *¿Son verdaderamente necesarias las reformas o las nuevas leyes? ¿Se requiere de un cambio de sistema, ya no solo de disposiciones aisladas? ¿no son otros, más allá de las normas por sí mismas, los factores o problemas que impiden alcanzar buenos resultados con el cuerpo normativo vigente? ¿acaso el*

principal problema es la ineptitud, ineficiencia y corrupción en la investigación del delito y la impartición de justicia? La propuesta inicial tropezó también con obstáculos previsibles: el proyecto secundario pugnaba frontalmente, con diversos aspectos con la Constitución Política, aunque la Procuraduría General de la República (P.G.R.) dependencia de quien surgió el anteproyecto, no admitió esta contradicción flagrante, optó por tomar en cuenta las impugnaciones formuladas y avanzar por otro frente, que continuaría en el Congreso de la Unión, en su momento. Si el proyecto no se ajustaba a la Constitución, esto es, a ciertas Garantías en materia de derechos humanos y justicia penal, la solución se hallaría en una reforma Constitucional que acogiera dichos propósitos del proyecto impugnado; por éste discutible y erróneo rumbo avanzaron los trabajos legislativos. En 1996 fué nuevamente reformada la ley suprema, en diversos extremos concernientes a la materia penal. Al igual que en 1993, la reforma de 1996 provino de dos iniciativas, ambas del 18 de marzo: a) una de ellas y la que nos interesa para los fines de esta exposición, presentada por el Presidente de la República y numerosos legisladores de diversa extracción política, regida por el tema de delincuencia organizada, solicitó cambios en los artículos 16, 21, 22, y 73; y b) la segunda, presentada por el Ejecutivo Federal, propuso reformar la fracción I del artículo 20 Constitucional, para enfrentar en mejores términos la delincuencia urbana y corregir los errores y absurdos incorporados en esta disposición por las reformas de 1993, aquélla reforma se asocia generalmente con los trabajos preparatorios realizados por la P.G.R., en cambio la del artículo 20, está vinculada con las propuestas planteadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (P.G.J.D.F.). En la misma fecha se presentó la iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que según se consideró, tendría sustento Constitucional en las normas contenidas en la primera iniciativa de reformas de la ley suprema, las dos iniciativas de cambio Constitucional fueron objeto de un solo dictamen el 1o. de abril. Vale decir como referencia histórica sobre el curso de la reforma, que la iniciativa correspondió inicialmente al Ejecutivo; a ella se sumaron los legisladores que también la suscribieron, si bien, quedó constancia expresa que éstos podrían sostener opiniones diferentes en el proceso legislativo posterior, como se declaró en la exposición de motivos de la iniciativa: quedan “a salvo los derechos de los legisladores que la suscriben a emitir su voto en lo particular, incluso en contra, de aquéllos artículos que así lo consideren”. En una intervención durante el debate en el Senado se dijo que el Ejecutivo fué “generoso, porque nos invitó a que Diputados y Senadores de las diversas fuerzas políticas, nos sumáramos a la iniciativa”, como testimonio de la

preocupación compartida de luchar contra la delincuencia. Parece razonable que dos Poderes de la Unión coincidan en la suscripción de una misma propuesta, pero no sobra preguntarse si quien suscribe una iniciativa puede salvar su opinión sobre alguno o algunos de los aspectos de la iniciativa que está suscribiendo, la cual no solo constituye un documento. En el propio documento quedó constancia que al ponerse en consideración de la sociedad una posible legislación especial de la materia, “se han observado reacciones diversas por parte de diferentes sectores sociales, encontrándose entre ellas un gran número de consideraciones críticas, fundamentalmente el aspecto Constitucional de ciertas medidas”. Finalmente en los trabajos realizados en la Cámara de Senadores con participación de Diputados Federales, fué modificada por medio de diversas correcciones, la iniciativa de reformas a los artículo 16, 21, 22 y 73, lo mismo ocurrió con la L.F.D.O., verdadero objetivo de la reforma normativa de 1996.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO DEL TESTIGO.

3.1. EL PROCESO PENAL.

“El proceso penal sugiere la idea de la pena; y ésta la idea del delito”,⁷ por eso el proceso penal corresponde al Derecho penal, como el proceso civil corresponde al Derecho civil. Más concretamente, el proceso penal se hace para castigar los delitos; incluso para castigar los crímenes, a propósito de lo que debe recordarse que no solo se castigan los delitos, sino también ésas perturbaciones menos graves del orden social, que se llaman contravenciones o infracciones.

Precisamente porque los delitos perturban el orden y la sociedad necesita orden, al delito debe seguir la pena para que la gente se abstenga de cometer otros delitos y la misma persona que lo ha cometido pueda recuperar su libertad, que es el dominio de sí, y con ella la capacidad de reprimir las tentaciones, que desgraciadamente se presentan a lo largo de nuestra vida. Ejemplo, alguien roba: he aquí el delito; hay que ponerlo en prisión: he ahí la pena. En ésta simple fórmula el delito y castigo se consideran como dos hechos equivalentes, cuya equivalencia disfraza la estructura profundamente diversa del uno y el otro: una diversidad que se manifiesta entre otras cosas, en el plano temporal.

Hay ciertos delitos largamente preparados; las conductas fraudulentas, delitos a los que se ha denominado de cuello blanco, por ejemplo, que exigen mucha paciencia y premeditación; en cambio, muchas veces el delito ocurre tan rápido que se puede decir que es instantáneo, por ejemplo, un homicidio en riña o un robo con destreza. La premeditación en cambio, si es un carácter accidental del delito, es un carácter esencial del castigo. Cuando escuchamos decir que la justicia debe ser pronta y expedita, se plantea ya en ese momento un problema, ya que por desgracia, si la justicia es pronta no es rápida, y si es rápida no es segura. Esta verdad trasciende, incluso de la palabra misma “proceso”, la cuál se refiere a un desenvolvimiento gradual en tiempo, y proceder quiere decir dar un paso después de otro.

Citamos el homicidio en riña como ejemplo de delito instantáneo, pero como siempre ocurre el sujeto activo, es decir, la persona que cometió el acto de privar de la vida a otro, se escabulle y para cuando la policía llega, ya se ha dado a la fuga, comienzan las investigaciones y supongamos que se le captura; el arrestado dirá que no fué él, se pasará a los testimonios, interrogatorios,

⁷ CARNELUTTI, Francesco. Como se hace un Proceso. Traducción de Santiago Sentis y Marino Ayerra. Ediciones Jurídicas. México, 1990. 145 Pág.

reconocimientos, careos, etcétera, cosas fáciles de decir pero difíciles de llevar a cabo, esto basta para demostrar cuales son las primeras exigencias por las que el castigo, desgraciadamente no puede ser rápido como lo fué el delito. Y éstas exigencias lógicamente, se explican reflexionando que castigar quiere decir, ante todo juzgar: El delito puede verificarse de prisa, porque la mayoría de las veces la persona lo comete sin juicio, ya que si quien lo comete tuviera juicio en ése momento, pues simplemente no lo cometería, pero un castigo sin juicio sería en vez de castigo, un nuevo delito. De ahí que el juicio es la mayor dificultad que el hombre encuentra en su camino; nuestra tragedia está en que no podemos actuar sin juzgar, pero no sabemos juzgar. El proceso penal por consiguiente, es en esencia un juicio, pero si se le llama proceso es cabalmente para dar a entender que cada una de las partes, debe proceder con cautela examinando cuidadosamente todas y cada una de las pruebas y diligencias que se hallan en torno al hecho presumiblemente delictivo, y esgrimiendo durante la instrucción las bases de sus argumentaciones, generando el debate directo con la parte opuesta. Ahora bien, después de estas explicaciones, podemos concluir que el proceso tiene como finalidad, la sentencia del Juez que es el acto solemne por medio del cuál se declara la verdad: si el imputado es culpable o inocente. Meditemos un poco acerca de esto; si es inocente, el proceso en verdad ha terminado, y todos tienen la impresión de que ha terminado del mejor de los modos, pero la verdad es que en este caso la maquinaria del Estado ha trabajado en pérdida, no solo por el costo del trabajo realizado, sino sobre todo por el sufrimiento de aquél a quien se imputó y a menudo hasta se le encarceló cuando nada de esto debía hacerse con él, y en la mayoría de los casos esta injusticia abarca varios aspectos de la vida del individuo y no pocas veces significa su ruina. En el caso de que el proceso culmine con una sentencia condenatoria, no se puede decir por ello que el proceso ha concluido totalmente, toda vez que si bien es cierto, termina la actuación del Tribunal con la condena, ésta supone su ejecución que se lleva a cabo en la penitenciaria.

Si el proceso penal es un medio de servicio para la tutela penal, luego entonces, participa de los fines que el Derecho penal persigue en el sentido de defensa de la sociedad, en el combate contra la delincuencia o conducta antisocial. En la aplicación concreta, y tomando en cuenta que el tipo legal o conducta tipificada como delito, se encuentran en abstracto, el proceso servirá para determinar, a través de las actuaciones pertinentes y permitidas, si la conducta realizada o el hecho atribuido al indiciado constituyen propiamente el delito, ya sea considerándolo autor intelectual, material o copartícipe, a fin de resolver adecuadamente sobre la responsabilidad y las consecuencias que la ley

señala para ésa hipótesis. Se dice adecuadamente, porque la sociedad tiene interés tanto en la absolución del inculpaado y libertad del inocente, como en la condena y penalización del culpable, pues en el proceso se labora concienzudamente para lograr el conocimiento de la verdad; estamos en aptitud de manifestar que el proceso penal es la actividad que la ley reconoce para la realización de actos jurídicos tendientes a facilitar la aplicación de la norma, de lo que se desprende que su objeto lo constituye la relación jurídica que vincula al Estado con el perturbador del orden social. Su finalidad considerada genéricamente, consiste en amparar a la sociedad contra el delito por medio de la aplicación de la ley. Por lo tanto, en el proceso que es actividad y realización de actos jurídicos, existen los de persecución y acusación en la fase respectiva, ambos propios y exclusivos del Ministerio Público, los de defensa privativos del procesado y su defensor; y los de decisión exclusivos del Juez. Es célebre la siguiente definición de BÚLGARO: "*Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicius in medio conocentis*" (El juicio es un acto en el que intervienen cuando menos tres personas: el actor que pretende, el demandado que resiste y el Juez que conoce).

3.1.1. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ACCIÓN PENAL.

El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquéllos casos que le asignan las leyes. Es el Ministerio Público una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento e instalación en el campo del Derecho de procedimientos penales, debido a que tiene una naturaleza singular y una multiplicidad de facetas en su actuación y funcionamiento.

Algunos autores hayan el origen de esta institución en el Derecho Romano y Derecho Griego o Francés, otros en el Derecho Francés y Alemán, sin embargo, será más general en cuanto a los orígenes de la figura. En la primera etapa de la evolución social, la función represiva se ejerció a través de la venganza privada. Son los clásicos tiempos de la Ley del Talión: *ojo por ojo, diente por diente*. El delito es una violación a la persona privada, y la justicia se hace por propia mano de la víctima del delito o por sus allegados. Pronto el poder social, ya organizado, imparte la justicia a nombre de la divinidad (período de la venganza divina), más adelante ya a nombre del interés público,

salvaguardando el orden y la tranquilidad sociales (periodo de la venganza pública) se establecen Tribunales y normas aplicables frecuentemente arbitrarias y parciales, el directamente ofendido por el delito, o sus parientes, acusan ante el Tribunal quien decide e impone las penas.

Surge la acción popular con pleno apogeo en el Derecho Romano, cierto es que frente a los *delicta privata* (delitos privados) a los que correspondía un proceso penal privado en el que el Juez tenía el carácter de mero arbitro, existían los *delicta publica* (delitos públicos) con un proceso penal público, que comprendía la *cognitio* (investigación o conocimiento del delito), la *accusatio* (acusación o presentación de cargos) y un procedimiento extraordinario en el que se imponía la sanción o pena al acusado. El Estado ha comprendido que la persecución de los delitos es una función social de particular importancia, que debe ser ejercida por él, y no por el particular: El procedimiento inquisitivo inaugura este paso decisivo en la historia del proceso penal: la persecución de los delitos es misión del Estado como ente de poder en la organización social (*Ius acusandi*). Sin embargo, se cae en el error de darle esa persecución oficial al Juez, convirtiéndose éste en Juez y parte, aplicando lo que dice RADBRUCH: “El que tiene a un acusador por Juez, necesita a Dios por abogado”, pero el camino a seguir estaba señalado, el sistema inquisitivo cae en descrédito por su inoperancia y la falta de equidad, entonces el Estado crea un órgano público permanente que en adelante será el encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional. A Francia le corresponde el honor de la implantación decisiva de dicha Institución, que se extendió a Alemania y pasó sucesivamente a casi todos los países civilizados del mundo: el Ministerio Público, representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado. Mucho se le ha atacado e incluso han surgido teorías abolicionistas, sin embargo como lo hacia notar MANDUCA: “a través de las vicisitudes de las legislaciones el Ministerio Público ha permanecido incólume y ha salido victorioso”. El Ministerio Público, Institución de buena Fe, paladín de la justicia y la libertad” como lo llama PESSINA, viene a llenar una función que la pasión y el interés personal de la víctima del delito no puede ni debe ocupar. En la actualidad, según las diversas legislaciones, el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, o bien, admite la intervención mayor o menor de los particulares y de otros órganos estatales que tienen injerencia en la acción penal, pero la bondad y utilidad de la Institución es algo que ya no se discute.

Es innegable que ya entre los Aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta que fuera contra las costumbres y

usos sociales que imperaban en aquélla época. El poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales; en materia de justicia la figura del *tlatoani* reviste singular relevancia desde el punto de vista comparativo, ya que representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana; teniendo como facultad la de acusar y perseguir a los delincuentes aunque en ocasiones la delegaba en los Jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios se encargaban de perseguirlos y aprehenderlos. Como sucedió con otras muchas cosas, España impuso en el México colonial su legislación, estableció su organización por lo que respecta al Ministerio Público. La recopilación de Indias, en ley dada el 5 de octubre de 1626 y 1632, ordenaba: “Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; el que más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil y el otro en lo criminal”.⁸ Nacido México a la vida independiente, en la Constitución de 1824 estableció el Ministerio Fiscal en la Suprema Corte, equiparando su dignidad a la de los Ministros y dándoles el carácter de inamovibles; el 15 de junio de 1869 Benito Juárez expide la Ley de Jurados, en la que se establecen tres Procuradores a los que se les llama por primera vez Ministerio Público, no constituían una organización, eran independientes entre sí, y estaban desvinculados de la parte civil. El primer Código de Procedimientos Penales se promulga el 15 de septiembre de 1880, en el que se establece una organización completa del Ministerio Público, asignándole como función la de promover y auxiliar a la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal, más tarde en el año de 1894 el segundo Código de Procedimientos Penales amplía su intervención en el proceso, lo establece con las características y finalidades del Ministerio Público Francés: como miembro de la policía judicial y como mero auxiliar de la administración de justicia.

En 1903, el General Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público y lo establece ya no como auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se le establece como una institución cuya cabeza es el Procurador de Justicia. Terminada la Revolución se reúne en la Ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente que expide la Constitución de 1917, se discutieron ampliamente los artículos 21 y 102 que se refieren al Ministerio Público.

⁸ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa, México, 1990.

Fundamentalmente el Ministerio público tiene el carácter de órgano estatal permanente para hacer valer la pretensión penal nacida del delito, y su vida está íntimamente ligada a la acción penal.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o la abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio público, la función investigadora auxiliado por la policía judicial; por la otra, una Garantía para los individuos, pues solo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir de que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo (*Notitia criminis*) a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitarla. **Debe iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener consecuencias en el ámbito de las Garantías individuales jurídicamente tuteladas.**

Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cuál el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado, u optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, ahora bien, como expediente, es definible como el conjunto de documentos que contienen las diligencias y actuaciones realizadas por el órgano investigador, tendientes a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal sobre los hechos que se investigan.

Conforme lo apuntado líneas atrás, el artículo 21 constitucional establece en forma terminante la atribución específica del Ministerio Público en general, es decir, la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal, pero tomando en cuenta la organización política que nos rige, y por otra parte el artículo 102 de la Constitución, el tipo de leyes sustantivas en materia penal, y en algunos casos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en la República Mexicana coexisten el Ministerio Público de la Federación, el Ministerio Público del fuero Común (Estados), y el Ministerio Público Militar, sin que esto implique una división en cuanto a la figura de Estado, ya

que la propia Constitución le da como característica el principio de unidad; de los dos artículos en cita se desprende que su atribución no es solo la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal, sino que su actuación se extiende a muchas otras esferas de la administración pública y más allá del Derecho penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado.

Actualmente los Ministerios Públicos Federales que forman parte de la Unidad Especializada Contra la Delincuencia Organizada, son personal que recibe capacitación especializada en la investigación de los delitos contemplados en la L.F.D.O., e incluso cuentan con cursos en el extranjero dentro de los programas del F.B.I. (Federal Bureau of Investigation), y están mejor pagados que los Ministerios Públicos Federales ordinarios, y son las personas que realizan todas las diligencias tratándose de averiguaciones o procedimientos que tengan que ver con delincuencia organizada, en la practica éstos hacen a un lado a los Ministerios Públicos adscritos a los Juzgados de Distrito, de lo que se puede deducir que se esta institucionalizando la diferenciación entre ellos, lo que va en contra del principio de unidad que rige a la representación social como órgano del Estado, no es posible que se esté generando una cultura de Agentes del Ministerio Público de “primera y de segunda.”

3.1.2. EL PROCESADO, LA DEFENSA Y SUS GARANTIAS.

Un personaje de singular relieve dentro del proceso es sin duda el acusado, quien en la etapa preprocesal o de averiguación previa se le conoce como indiciado o presunto responsable, y al continuarse el procedimiento en el ámbito judicial se le denomina procesado, se le prejuicia y se le aborrece, desde que comienza a figurar en la escena del drama penal, a pesar de que ésta exige reservas por razones de probidad intelectual. Con anticipación se le “condena”, sin base en dictamen alguno. El Ministerio Público y el Defensor, son otras dos figuras importantes, ambos frente a frente, sin que les separen diferencias sustanciales de principios, sino solamente de procedimiento y de orden practico, uno y otro cumplen con un deber objetivo y propio de su condición, el uno acusando con base en la norma penal, el otro preservando los derechos que benefician a su patrocinado; los dos saben que la moral es la ciencia de los deberes del hombre y actúan en conciencia que es lo que da sentido ético a su

conducta, haciendo de sus argumentaciones aportaciones con valor demostrativo y convincente.

Es claro desde el punto de vista lógico-jurídico, que el sistema penal en ningún caso debe ser un mero aparato de castigo, que actúe de manera avasalladora, sin miramientos como sucedió en el absolutismo de la edad media y ocurre aún en los “Estados Policiales”. El proceso en México es ya un sistema de Garantías que establecen el necesario equilibrio entre el individuo inculcado, el individuo ofendido por el delito y la sociedad, sin que la anterior aseveración implique que el sistema actual no pueda continuar su perfeccionamiento y adecuación a los momentos y circunstancias que puedan sobrevenir. Desde la perspectiva del inculcado, esto implica el reconocimiento de una serie de Derechos que el Estado debe respetar puntualmente, dicho de otra manera son estos derechos un “escudo” frente al autoritarismo. El inculcado debe luchar, a lo largo del procedimiento, contra el poder del Estado, que se despliega por conducto del Ministerio Público, y ha de resistir la presión de la sociedad, que se manifiesta de múltiples formas, aunque lo ampare el principio de que *toda persona se presume inocente mientras no sea probado lo contrario (principio de inocencia)*, una aspiración que difícilmente en la práctica trasciende a la realidad, lo cierto es que el inculcado debe enfrentar el peso del procedimiento, de suyo intimidable y complejo. Por eso es preciso dotarlo de “Garantías Constitucionales” que son los Derechos Humanos del inculcado, además de una serie de facultades que establece la ley secundaria, su conjunto se ha denominado coloquialmente “la carta magna del delincuente” (en realidad presunto delincuente). Nuestra Constitución contiene numerosas prescripciones en favor del inculcado, su propósito es que éste reciba un trato justo; que cuente con un debido proceso legal. Esas estipulaciones se resumen en los derechos de audiencia y defensa, y de intangibilidad de su persona, que no debe soportar otras molestias que las específicamente previstas por la ley, como por ejemplo la prisión preventiva. La ley secundaria han incrementado convenientemente los derechos del inculcado, particularmente los Códigos de Procedimientos Penales y leyes afines con la prevención y sanción de la tortura. Entre estos Derechos fundamentales figura, como se advirtió la Defensa, ésta consiste en la suma de actos que puede realizar el inculcado a lo largo del procedimiento con el propósito de desvirtuar la acusación que pesa en su contra o aligerar los cargos y obtener en consecuencia la exculpación o al menos una sanción que sea directamente proporcional al bien jurídicamente tutelado y a la esfera de acción de él mismo. Con la mayor frecuencia estos actos se desarrollan a través de una

persona específica, acreditada para intervenir en favor del inculpado: el Defensor. Todo ello sin perjuicio de que el inculpado actúe en su propia defensa, Derecho que también consagra la Constitución.

En el sistema jurídico mexicano, es determinante a éste respecto la fracción IX del artículo 20 Constitucional que establece en favor del acusado el Derecho a la defensa por sí mismo, por persona de su confianza o por un Defensor de oficio, estos dos últimos señalamientos implican que el inculpado puede designar un Defensor particular que él mismo retribuirá, pero si carece de recursos económicos para ejercer este Derecho, entonces el Juez le designará un Defensor de oficio que es pagado por el Estado, para tal efecto existe un organismo denominado Defensoría de Oficio a la que se hallan adscritos abogados que asumen la defensa de los inculpado de manera gratuita.

Si bien la Defensa es un derecho del inculpado, también representa para éste una necesidad procesal y constituye un deber a cargo del Estado. En efecto no es admisible que el inculpado carezca de Defensor, aunque no designe Abogado particular que lo asista y se rehúse a designar un Defensor de oficio, el Juez debe nombrárselo, incluso sin o contra la voluntad del inculpado, ya que la falta de Defensor violaría el principio de equidad procesal entre las partes, y por ende acarrearía la nulidad de las actuaciones y, en consecuencia echaría por tierra el procedimiento. El texto Constitucional da a entender que es un Derecho del inculpado designar Defensor cuando ha comenzado el proceso ante el Juez, y en todo caso cuando se rinde la primera declaración en el proceso, conocida como declaración preparatoria. Ahora bien, la legislación procesal secundaria ha ampliado constantemente el Derecho del inculpado, sobre todo a partir de 1981, en estos términos el indiciado puede designar Defensor desde la fase de averiguación previa, también son muy importantes las estipulaciones, incorporadas al Derecho mexicano, que privan de validez a la confesión cuando no es rendida en presencia del Defensor o de una persona de confianza del inculpado. Por otra parte es de mencionar que a efecto de que el Abogado que ejerce la defensa del inculpado, es necesario que conozca a fondo los elementos que pesan en contra de su defendido, así como también las circunstancias peculiares del caso, mismas que pueden dilucidar situaciones en favor del mismo, es por ello que la ley procesal confiere el Derecho de que se pongan tanto la averiguación previa como la causa penal a la vista de la Defensa para efecto de que analice a detalle todas y cada una de las actuaciones, pruebas y diligencias que las conforman, sin embargo, la L.F.D.O. coarta ésa Garantía al mantener "reservada" información respecto a la identidad de los testigos y otras pruebas, dejando a la defensa en total desventaja frente al acusador, ya que de

ésta manera es muy difícil que pueda objetar la veracidad y alcances de dichas pruebas dado que no se le da oportunidad de conocerlas y ahondar al respecto. Todas las naciones del orbe que se ostentan como civilizadas, consagran en sus leyes el principio de la necesidad de que todo inculpado tenga una defensa, su violación se traduce en arbitrariedad y es sancionada gravemente. El ser escuchado cuando alguien va a ser lesionado en sus derechos, da nacimiento a la noble y ardua profesión del abogado (*ad vocatus*, el que habla por otro). Las normas garantizan su observancia y contemplan la manera de restituir su goce cuando éste es privado.

Para los efectos de razonar respecto a los derechos que el inculpado en un proceso penal, ve disminuidos o violentados con la aplicación de la L.F.D.O., es necesario enunciar la figura del Careo, Garantía del inculpado consagrada en la Ley Suprema de nuestro País, a efecto de que éste sea careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa (artículo 20 Constitucional, Fracción IV).

El procesado no es una unidad anónima que se oculta en el ineditismo, sino el monarca absoluto, esencia y termino de la realidad jurídica procesal, que tiene como cortejo todas las Garantías que la Constitución pone a su servicio en un encadenamiento detallado de normas con fuerza vinculante para las autoridades.

3.1.3. EL JUEZ Y LA FUNCION JURISDICCIONAL.

La fuente suprema de la jurisdicción es el Estado que promulga la ley, misma que establece y otorga facultades para administrar justicia por conducto de los órganos que instituye como a sus legítimos representantes, personificándose estos básicamente en la figura del Juez para la realización de los valores señalados. Citaré algunos atributos de la condición de Juez: es una persona que realiza actos jurídicos con efectos jurídicos y trascendencia jurídica. Su voluntad decisoria es voluntad soberana del Estado, sin embargo, no es mandatario de éste, ni procede en sus funciones por instrucciones de él. Es representante del Estado, que ejerce con autoridad soberana el poder supremo, y está revestido de personalidad jurídica e imperativa. Esa soberanía de poder le reviste de autoridad moral y jurídica, suponiendo causas preestablecidos por normas que ponen en movimiento la actividad judicial. La jurisdicción es una

acepción extremadamente amplia, es la fórmula gubernativa que regula la conducta del Juez y lo capacita para imponer la sanción correspondiente, sanción que hace referencia a la obligatoriedad de la norma de manera implícita, y supone desde luego, la existencia del poder que por esta actividad asegura la paz pública del orden social realizando así la justicia; por eso en el Juez debe imperar la prudencia que no es sino la perfección de la razón práctica, en tanto que tiene bajo su dominio la totalidad de las facultades intelectuales y afectivas. De ahí la Garantía de exacta aplicación de la ley que nuestra Constitución establece en el artículo 14, al ordenar que “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”.

Tanto en el proceso civil como en el proceso penal, basta con entrar a la Sala de un Tribunal, para percatarse de quien es el que juzga y quien es juzgado, de la distinción entre súbdito y soberano. La necesidad del proceso se debe a la incapacidad de alguien para juzgar por sí mismo acerca de lo que debe y lo que no debe hacerse, si quien ha cometido algún delito hubiese sabido juzgar por sí, simplemente no lo hubiese llevado a cabo; y si los litigantes supiesen juzgar por sí mismos, entonces no litigarían, dado que reconocerían por sí mismos la razón y la sinrazón, de lo precedente se arriba a la conclusión de que el proceso sirve para llegar a un juicio entre aquéllos que no lo tienen, y puesto que el juicio es propio del hombre, quien suministra a otros que lo necesitan, su juicio, es el Juez.

Juez es en primer lugar, una persona que debe tener juicio, sino no podría darlo a los demás, se dice que tiene juicio quien sabe juzgar. Para comprender como se hace un proceso, hay que comprender como se hace para juzgar. La ciencia del Derecho y en particular la ciencia del proceso, nos sitúan ante el más difícil de los problemas: existen quienes dudan que exista una ciencia verdadera y propia del Derecho, a lo debe decirse que la ciencia del Derecho debiera ser la ciencia del juicio. CARNELUTTI dice que: “el hombre que juzga debe ser más que hombre, aproximarse a Dios”, de esta verdad recordemos que a lo largo de la historia se ha asociado la idea de justicia a la divinidad o ser superior y con atributos más sublimes y elevados que el resto de los hombres. Surge entonces el cuestionamiento ¿Dónde encontrar un hombre que sea más que hombre? la solución desde el punto de vista cualitativo hace coincidir la figura del Juez con la de un sacerdote, y bajo el aspecto cuantitativo se trata de acrecentar la idoneidad del hombre, poniendo a varios hombres a la vez, es el principio del

colegio judicial; en sus orígenes el proceso penal se llevaba a cabo ante todo el pueblo.

Cuando el Derecho se separó de la Religión, el problema de la elección del Juez ha pasado a versar sobre el órgano que debe elegirlo, en México, actualmente los Jueces son en la mayoría de las Entidades Federativas, sujetos a exámenes por parte de un cuerpo colegiado del Poder Judicial, sin embargo, no hay que olvidar que los procesos judiciales son una función del Estado, precisamente porque tanto el delito como el litigio interesan al orden social, con las debidas proporciones el Juez es un funcionario vinculado al Estado por una relación de empleo, pero investido de poderes y facultades que lo hacen independiente de los poderes Ejecutivo y Legislativo, como medios para el cumplimiento cabal de su altísima función. El colegio Judicial, es decir cuando varios Jueces se reúnen para analizar un proceso, es aún en la actualidad una figura vigente, más que al lado, por encima del Juez singular, poniendo a varios Jueces juntos se espera conseguir mayores aptitudes que las del Juez singular. Así también es necesario que los hombres designados Jueces (y quienes se dice son perito de peritos) deban tener ciertos conocimientos técnicos y formación profesional, no solo jurídica, sino también criminológica.

3.2. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL.

Se ha dicho que el Juez hace historia con el proceso, por lo tanto las sentencias que en él se pronuncian son juicio de realidad histórica, a la que se arriba con certeza una vez que se han tomado en cuenta las aportaciones de cada una de las partes en el proceso, a las cuales se les llama pruebas, de donde un juicio no se puede hacer sin pruebas. La actividad judicial exige una constante y paciente atención sobre las personas, las cosas y los acontecimientos que están alrededor de un hecho desconocido y controvertido. El cúmulo de pruebas que se hallan en el proceso sirve para representar el pasado con lo cual se evoca el hecho a juzgar. Podemos hablar de la representación indirecta que se hace a través de la mente del hombre, el cuál describe lo que percibió, y la directa que se obtiene a través de cosas capaces de registrar los aspectos ópticos, o acústicos de los hechos. Mientras en el proceso civil la mayoría de los hechos se comprueban con documentos, en el proceso penal la mayoría de los hechos a probar son típicamente hechos ilícitos, que en la mayoría de los casos no constan en algún documento, sin embargo, hay que reconocer con el carácter de documentos a las fotografías, los fonogramas, e incluso las videocintas. Tanto los documentos como los testimonios pueden provenir de cualquiera de las partes en el proceso, no obstante, el Juez que ocupa una posición neutral frente a los intereses del acusador en la persona del Ministerio Público y del indiciado conjuntamente con su defensa, puede ordenar se lleven a cabo diligencias pertinentes para comprobar hechos desconocidos y así proveer mejor respecto a la sentencia de fondo. Cuando el indiciado es decir, el sujeto activo del delito, narra dentro del proceso penal hechos que lo señalen como autor del delito, su testimonio toma el nombre de Confesión.

Las pruebas indicativas son aquéllas que no sugieren inmediatamente el hecho a probar, sino que por medio de la razón y sirviéndose de la experiencia, se puede llegar a concluir la existencia o inexistencia del hecho en sí. En ésta última categoría se distinguen dos segmentos, las naturales y las artificiales; las pruebas indicativas naturales se denominan indicios, las artificiales toman el nombre de señales. Estos tipos de pruebas sirven tanto para el proceso penal, como para el proceso civil, en el primero prevalecen los indicios, y en el segundo las señales, por la misma razón que determina en el uno y en el otro el predominio del testimonio y del documento: el proceso civil figuran frecuentemente sellos, marcas, firmas, que son ejemplos de la señal; en cambio, en el proceso penal toman gran importancia ciertos modos de ser de las personas

y de las cosas, mediante los cuales se puede reconstruir pacientemente la verdad real e histórica de los hechos.

Las pruebas, cualquiera que sea el tipo al que pertenezcan, deben ser en primer lugar percibidas por el Juez, y en segundo lugar valoradas por él, en particular el Juez debe interrogar al reo y a los testigos tanto de cargo como de descargo, así como analizar la acusación del Ministerio Público, y leer los documentos, interpretar su narración y estimar su veracidad; como quiera que sea, se trata de actividades de grandísima importancia para los fines del juicio, que exigen del Juez atención, sagacidad, experiencia y sobre todo paciencia y acuciosidad, tales actividades culminan en la llamada crítica de las pruebas o valoración de las mismas.

La experiencia en el proceso, nos enseña que a menudo las pruebas no son suficientes para que el Juez pueda construir con certeza los hechos de la causa, siendo esto una situación sumamente preocupante: no se puede pronunciar una Sentencia condenatoria contra alguien, sin estar seguros de su culpabilidad, pero igualmente sería injusto absolverlo sin la certeza de que no haya cometido el delito. En el supuesto de incertidumbre se corre el riesgo de cometer una injusticia, son éstos los casos en que el proceso fracasa en su objeto, sin embargo, hay que juzgar y la justicia no puede reconocer su impotencia, por tanto hay que elegir el menor de los males *favor rei* (absolver a un culpable, antes que condenar a un inocente) principio semejante a *in dubio pro reo*, (en caso de duda debe absolverse al reo).

3.3. ESENCIA DEL TESTIMONIO.

Reza una locución latina "*onus probandi ei qui dicit*" (la tarea de probar corresponde al que afirma), ésa es la pretensión del denunciante, del querellante, del Ministerio Público, del imputado, del procesado y su defensa, según la etapa procedimental. La palabra testigo proviene del latín *testano* que significa declarar, referir o explicar, de ahí el concepto de testigo como la persona física que tiene conocimiento sobre los hechos controvertidos materia del proceso, que puede aportar datos sobre ellos y no es parte de éste. El maestro Colín Sánchez afirma que testigo es: "Toda persona física que manifiesta ante los órganos de justicia lo que le conste (por haberlo percibido a través de los sentidos) en relación con la conducta o hecho que se intervenga".⁹

Los testigos se clasifican en:

- a) Directos.- Son los que por sí mismos o directamente conocen los hechos que suministran.
- b) Indirectos.- Llamados también de referencia o de oídas; el dato que suministran proviene de información de terceros u otros medios.
- C) Judiciales o extrajudiciales.- Dependerá de si manifiestan su testimonio dentro o fuera del proceso.

Para el caso de que los testigos no residan en el lugar donde se desarrolla el proceso, podrá mandárseles examinar por medio de los órganos jurisdiccionales del lugar de su residencia, sin que por ello se suspenda la instrucción ni la facultad del Juez para darla por terminada. Ahora bien, si el testigo tiene imposibilidad física para presentarse ante el Tribunal y se encontrase en el lugar de su residencia, el funcionario respectivo podrá trasladarse al lugar donde éste se encuentre. Lo mismo suele suceder cuando se trata de altos funcionarios, quienes incluso podrán rendir sus testimonios por medio de oficio, sin perjuicio de que si se les requiere y lo desean, comparezcan personalmente, en este sentido el requerimiento que se les formula no tendrá ninguna fuerza coactiva de obligar al funcionario. El testimonio es la mejor expresión de la realidad, el testigo es por tanto, el medio por el que se expresa y construye. Por el hecho de comparecer ante la autoridad competente, el Ministerio Público en la fase preprocesal y el órgano jurisdiccional en el proceso, el testigo queda automáticamente sujeto a las normas que rigen el procedimiento.

⁹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 3ª. Edición, México, 1974.

Para el desahogo de la prueba testimonial se sigue la siguiente mecánica:

1. En principio se examinarán separadamente a los testigos y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo los siguientes casos:

- a) Si el testigo es ciego, el Tribunal podrá designar una persona que lo acompañe.
- b) Cuando sea sordomudo.
- c) Cuando ignore el idioma castellano.

En ambos casos se requerirá de un intérprete o traductor. El Tribunal podrá dictar las providencias que estime pertinentes para evitar que los testigos se comuniquen entre sí o con terceras personas antes de rendir su testimonio.

2.- Antes de que declaren los testigos se les comunicaran las penas en que incurrir los falsos declarantes o se niegan a declarar. Si el testigo es menor de 14 años, en vez de exigírsele protesta de decir verdad, se le exhortará para que la diga.

3. Una vez que el testigo rinda protesta, mencionará su nombre, apellido, edad, nacionalidad, vecindad, domicilio, estado civil, ocupación o profesión. Además señalará si se halla ligado con el procesado o con la víctima por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivo de odio o rencor para con alguno de ellos.

4. La declaración que se rinda será de viva voz, sin permitir leer la respuestas que lleven escritas, salvo las notas o documentos que lleven consigo, a juicio de quien practique la diligencia y según la naturaleza de la causa.

5. Tanto la representación social como la defensa podrán interrogar a los testigos. El Tribunal en todo caso, tiene la facultad de desechar las preguntas que a su juicio considere capciosas o inconducentes.

6. Las declaraciones se redactarán con claridad, usando hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por los testigos.

7. Concluida la diligencia, se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo, para que la ratifique o corrija y posteriormente estampe su firma.

Cuando en el Tribunal en el que se desahoga la diligencia testimonial, aparezcan indicios suficientes para sospechar la falta de veracidad de ésta, se hará constar tal hecho y el declarante será consignado ante el Ministerio Público. Cuando la declaración del testigo verse sobre un objeto que se encuentre en depósito de la autoridad, una vez rendido el testimonio respecto de las características del mismo, se le podrá poner a la vista para su reconocimiento o desconocimiento según sea el caso, si la declaración se refiere a un hecho que hubiese dejado vestigios, podrá trasladarse al testigo a dicho lugar.

Si bien, la testimonial es una prueba indispensable dentro del proceso penal, también es cierto que entraña cierta peligrosidad, de ahí que deba ser percibida y valorada con extrema cautela, porque la fidelidad del relato depende de la atención del testigo en el momento en que acaecieron los hechos narrados, así como de su estado psicológico y memoria en ése preciso instante, porque a menudo los intereses que juegan en torno a las partes, presionan sobre él y lo inducen, en mayor o menor medida a la reticencia y al engaño. La necesidad de obtener confesiones y testimonios fidedignos trajo como consecuencia que en tiempos lejanos fuera practica común la tortura, el embargo, la confiscación y ahora se ha optado por edificar otras instituciones buscando los efectos del fin, verbi gracia, los testigos protegidos a los que les falta la idoneidad del medio y cuyo rendimiento en la realidad es menor a su costo cifrado en la violación de Garantías del proceso. **No existe otro camino para obtener del testigo todo lo que puede dar sino, el camino de la inteligencia, de la habilidad humana y de la paciencia de quien lo interroga.**

El careo se halla relacionado con la prueba de testigos, es en cierto modo, un medio para valorar el dicho de aquéllos. Careo es la confrontación entre dos personas (“cara a cara”) que sostienen versiones diferentes sobre un mismo hecho, para que discutan entre sí sobre los puntos discrepantes en sus respectivas declaraciones; esta discusión, que llega a ser muy elocuente y expresiva, sirve al juzgador que la presencia y valora, pudiendo advertir la falsedad o la veracidad de los declarantes, la emoción de éstos puede llegar a contribuir a que se revele la verdad. Hay diversas clases de careo: constitucional, legal y supletorio. Otra prueba afín es la confrontación, que sirve para identificar personas, si lo que se desea es que la víctima del delito o un testigo manifiesten si determinada persona presentada por la policía es quien cometió el delito, se colocará a ésta entre otras de apariencia semejante, para que la víctima o el testigo la identifiquen.

3.3.1. OBLIGACION DE RENDIR TESTIMONIO.

La ley no señala requisito específico alguno para ser testigo, tal como se desprende de lo dispuesto por el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

“Toda persona que sea testigo esta obligada a declarar con 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 desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará la razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el Juez ordenará que sea presentado a declarar.” De esta forma se comprende que cualquier persona puede ser testigo, ya que el único requisito que la ley exige es que tenga capacidad para comprender los hechos, retenerlos en la mente y poder exponerlos al declarar, aquí cabe citar la jurisprudencia sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que al respecto señala: “TESTIGOS MENORES: La minoría de edad del declarante no invalida por sí misma el valor probatorio que a su testimonio le corresponde según las circunstancias del caso.” Por otra parte, sin embargo, el Legislador tomando en cuenta la naturaleza humana, sentimientos, pasiones y vínculos de sangre que puedan unir al testigo con el procesado, en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, consignó: “No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se hará constar ésa circunstancia y se recibirá su declaración.” Lo que resulta importante, dado que en materia penal no es lícito poner obstáculos a éstos testigos, aunque por esos vínculos el testigo encontrara una razón suficiente para no conducirse con verdad, ya sea en favor o en contra del inculpado.

Debo decir en primer lugar que el testimonio como fenómeno jurídico procesal, a lo largo de la historia y aún en la actualidad, está estrechamente asociado al orden de la justicia y de la moral. Todos tenemos el anhelo de una vida justa en todos los aspectos, y el testigo no escapa a la reflexión sobre las diversas fases de la justicia, siendo todas ellas encaminadas a la finalidad que es la verdad. Conforme lo tratado en el punto precedente, sabemos que la ley faculta al Juez para llamar a presentar testimonio a cualquier persona, por lo que se infiere que cualquier persona que presencie, o pueda aportar algún dato sobre hechos que sean materia de un juicio tiene obligación de emitir ante el juzgador, lo que sabe y le consta al respecto, de donde, aquél que se niega se aleja de la justicia dañando severamente a la sociedad. Sociedad que intenta hacer prevalecer además del orden social, el bien moral que puede ser entendido como: el respeto de todos sus integrantes a la vida humana, respeto al honor de todos los demás, respeto a la estabilidad y a la convivencia social. La experiencia de veinte siglos

demuestran que la justicia por sí, no llega a plenitud y puede llegar a la negación o destrucción de sí misma sino se le enriquece con la verdad. Conforme lo disponen los artículos citados anteriormente, podemos concluir que el testigo está obligado a declarar, se encuentra en una situación coactiva, sin embargo, el testimonio debe producirse de manera libre, porque cuando hay crisis de libertad y de verdad, cuando la justicia se trastorna y la moral se elude viene el desequilibrio en las relaciones humanas, por ello ningún elemento de la sociedad debe eludir su responsabilidad que se traduce en la obligación moral de presentar testimonio, actitud que trasciende al bien público, pero la ley no puede obligar a hacer algo moralmente malo y por eso la autoridad legislativa establece los casos de excepción. De esta manera, desaparece el deber jurídico para rendir testimonio, frente al deber jurídico de callar: la situación jurídica del testigo ha sido modificada y queda sin efecto jurídico la norma que genéricamente obliga. Es cierto que la propia ley señala los casos de excepción de manera amplia, en este momento es conveniente citar otras excepciones al deber de presentar testimonio; por razones de cumplimiento de secreto profesional o del sigilo sacramental, entre los Abogados el primero y entre los sacerdotes el segundo, no les es exigible su testimonio por consideraciones de orden ético, jurídico y religioso. Son deberes que se deben reservar como abstracción y como Garantía social. Ni el cliente en el sentido de estar bajo la protección de un letrado, para evitar toda idea mercantilista, puede, con toda la soberanía de su libertad, eximir de ese cumplimiento a su abogado, bajo cuya dirección técnica se encuentra o estuvo, porque al escuchar la expresión confidencial, sería un contrasentido que se obligase a la revelación por parte de la autoridad. La obligación continúa y persiste para siempre, a pesar de que el cliente autorice a revelarlo, y el Abogado no puede escudarse en el consentimiento o venia de su cliente, porque está moralmente revestido de Garantía para la sociedad: otros clientes perderían la confianza y sospecharían de la rectitud e integridad del profesionista. Lo mismo sucede con el secreto de confesión ante algún Ministro de culto, e imponer la obligación de violarlo por parte de la autoridad, equivale a exceder atribuciones y hacerse no solamente culpable de violencia y abuso de poder, sino también de injusticia. Por otro lado el inculpado no está obligado a declarar en su contra, -en cuyo caso se le denominaría técnicamente confesión-. toda persona supone un mínimo de discernimiento, cierta lucidez de inteligencia y de espíritu, y un benévolo sentido de clemencia para sí mismo, a fin de conservar incólume su intimidad y no dejar en manos extrañas su propio honor, parte de su nobleza y reputación.

3.3.2. SU VALORACION EN LA SENTENCIA.

La tarea de verificar el dato de percepción del testigo expresado por medio del testimonio, le corresponde al órgano jurisdiccional, sin que se deforme la noción directa y genuina de la observación por la que el testigo ha captado la realidad por medio de los sentidos. El hecho y la circunstancia descritos por el testigo son analizados y examinados mediante el razonamiento del Juez y constituyen la iniciación efectiva del conocimiento. En la medida que el testigo se apega al sentido moral para conducirse con verdad, se aumenta el valor de su testimonio, en el que no se puede deplorar ignorancia y ligereza, porque el testigo es poseedor de datos verdaderos y objetivos que reseña para su análisis lógico y crítica de quien tiene facultades decisorias apoyándose en actos de razón hasta culminar en el veredicto no necesariamente condenatorio; de esta manera ambos testigo y Juez, realizan un acto moral implícitamente deseado, jurídicamente anhelado y dialécticamente ordenado. La función del órgano jurisdiccional estriba en penetrar críticamente a todas las funciones procesales, entre ellas las que se relacionan con el testigo y su testimonio, por medio de la facultad de raciocinio. Juzgar es obra de la razón, testificar es referencia al dato que la realidad ofrece, ésta última es una acción narrativa de un trozo de la historia de lo acontecido y que se conserva por el recuerdo, su pureza y rectitud será el Juez el que haga su apreciación. En el recuerdo se encuentra el vínculo que une al presente con el pasado, en el mundo de nuestra vida psíquica. El hecho y las circunstancias se graban y se conservan en base a la curiosidad, atracción o importancia por su aspecto trágico, y en general por estímulos que ayudan a cautivar la atención y a conservar la imagen con la fidelidad del recuerdo que la repite. El testigo apoya y garantiza su testimonio cuando la verdad es su contenido, es una especie de Fedatario que en forma pública y solemne, da seguridad a una aseveración por ser suficiente su dicho y tener los requisitos necesarios para que inspire confianza por su solvencia moral.

De manera breve trataré de precisar algunas condiciones para dar crédito y valorar idóneo el testimonio:

a) La rectitud del testigo consiste en declarar conforme a la justicia y la razón de acuerdo con los principios éticos que intrínsecamente rigen al hombre en general.

b) La independencia que exige libertad para rechazar la sugerencia, la dádiva o amenaza para encubrir o negar la realidad objetiva de circunstancias de tiempo, espacio, posición, trato, pacto, arreglo etcétera.

c) La honradez consiste en la buena fe, en la integridad, distinción honor y moralidad que hacen invulnerable al testigo para que se aleje de sus convicciones que tiene de la verdad como premisa.

d) La aptitud es la libre disposición por medio del lenguaje articulado que al hombre solamente pertenece por cualquier procedimiento para expresar ideas, que dan a entender todo cuanto es y cuanto existe y es susceptible de apreciarse con el auxilio de los sentidos.

e) La capacidad en el testigo se estima por el talento, agudeza, discernimiento y lucidez suficientes para la descripción, sin halagos y sin rencores, sin limitación afectiva y sus desvíos, de cuya estimativa jurídica en plenitud decisoria se encargará el Juez con criterio valorativo.

f) La suficiencia del testigo consiste en su habilidad y competencia para el desempeño de su misión, narrar de manera real y positiva “lo que vivió” sin afectación en su relato, dejando a un lado toda subjetividad.

CAPITULO IV

TESTIGOS PROTEGIDOS Y

POLITICA CRIMINAL.

4.1. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Para la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), con sede en la Ciudad de Lyon, Francia, la definición de Crimen organizado o delincuencia organizada es: "Cualquier asociación o grupo de personas que se dedicasen a una actividad ilícita ininterrumpida y cuyo objetivo fuese obtener beneficios, haciendo caso omiso de la existencia de fronteras nacionales."

La delincuencia organizada daña y pone en peligro bienes y valores de importancia fundamental, es preciso que la sociedad y el Estado la enfrenten con recursos crecientes, tanto humanos como técnicos y materiales, además de una voluntad vinculada estrechamente con la política criminal, es decir, esa tarea debe llevarse a cabo echando mano de todos los medios al alcance del orden jurídico moderno, entre los que figura el régimen penal: Este constituye el escudo más firme del ciudadano y de la democracia como último recurso de control social, sin embargo, su función debe desempeñarse dentro de los límites del Estado de Derecho y regirse por las leyes, principios y normas que nuestro pueblo ha generado y recopilado a lo largo de una accidentada evolución. Si bien con el Derecho penal, entre otros instrumentos hemos de atacar el problema de la delincuencia organizada, sería preocupante que el remedio constituyera a la postre, una nueva enfermedad acaso revitalizada y de mayor complejidad y sofisticación, es por esto, que es preciso generar instituciones eficaces, a la altura de las necesidades reales y actuales de nuestra cambiante sociedad, pero también subordinadas a la moral, a la razón y a la lógica social. Con ellas el Estado evidenciará sus compromisos éticos; sobre éstos se eleva su fuerza y ahí descansa su poder, con esto se fija la frontera entre la conducta del Estado de Derecho, y el comportamiento de los individuos que desafían la fuerza de la norma, detestando su espíritu y combatiendo su razón; de la condición de cada uno deriva la calidad de los medios que se utilizan en esta lucha tenaz.

abordaré el tema de la delincuencia organizada, pero teniendo como aspecto principal, el de la inusitada figura de **los testigos protegidos como personas que siendo parte de organizaciones criminales, "pactan" colaborar con la Procuraduría General de la República para la persecución y procesamiento de otros integrantes de su organización a cambio de beneficios**; si bien en la LFDO no se les da esa denominación como tal, en la práctica su función es

presentar testimonio, sea en la averiguación o en el proceso, contra otros miembros de la organización criminal, y comúnmente es así como se les conoce, por lo que me parece que es esta denominación la más acertada para los efectos didácticos de mi postura; esta figura fué integrada a nuestro sistema penal a partir de la promulgación de la L.F.D.O., no obstante citaré de manera breve algunos otros aspectos generales conexos, a saber, algunos antecedentes y datos criminológicos y jurídicos que deben ser considerados para el examen de la figura, así como el régimen que actualmente contiene la Ley penal mexicana, siendo que a partir de 1993 el concepto de delincuencia organizada pasó a figurar en la Constitución, tal vez innecesariamente, ya que no existía todavía una idea clara sobre el rumbo y modalidades adecuadas para la formación de un sistema penal propio de esta materia.

La delincuencia organizada por una parte, y la forma de perseguirla y prevenirla por la otra, son temas que hoy interesan de manera especial a los juristas, figuran además, entre las cuestiones que más inquietan a los políticos y a la sociedad en general; ésa inquietud aumenta sin cesar, de la misma forma que crecen los daños y peligros que trae consigo el crimen organizado. Si antes fueron temas menores que era posible mirar a la distancia, hoy cautivan a la opinión pública. Inicialmente se elaboró una redacción sobre delincuencia organizada, y después la Reforma Constitucional, destinada a "constitucionalizar" los planteamientos más discutibles de aquélla, sin embargo, las reformas a la ley fundamental ciertamente no contienen referencias a todos los asuntos principales de la ley secundaria, por otra parte es necesario señalar que en el Congreso de la Unión y principalmente en la Cámara de Senadores, fueron moderadas algunas de las fórmulas que recogía el proyecto, al paso que otras fueron ampliadas y otras más eliminadas, pero la orientación general, tan preocupante, no fué alterada sustancialmente. En un artículo periodístico en "Excélsior" del 25 de abril de 1996 el maestro Sergio García Ramírez, al tratar el tema de la L.F.D.O., lo califica de símil de una obra cinematográfica llamada "El bebé de Rosemary" de Roman Polansky, en cuya historia el demonio decide engendrar un hijo en el vientre de Rosemary, para originar una nueva generación diabólica que tomaría el control del planeta, donde el Dr. García Ramírez apunta: "la ley secundaria sobre esta materia es una suerte de bebe de Rosemary trasplantado a la vida jurídica; en efecto constituye el principio de una nueva generación de normas penales: revoca los principios del Derecho conocido en México y plantea un régimen punitivo diferente. De esta suerte, abre la puerta hacia horizontes inciertos y caminos intransitados, o bien,

transitados y abandonados por razones que conocen perfectamente quienes se han asomado siquiera a la historia de las instituciones penales".

Se me dirá que desde hace tiempo en otros países existen normas como las contenidas en la L.F.D.O. y que no es posible enfrentar la delincuencia organizada, con un régimen punitivo tradicional, pero a mi juicio parece que el hecho de que en otros países existan ciertas normas relativas, no constituye un argumento suficiente para decidir que deben copiarse en México, y lo que es peor, que sean eficaces y no produzcan un perjuicio mayor. Solo se ha afirmado sin probarlo, que la legislación clásica u ortodoxa -por decirlo de alguna manera- es ineficaz, pero aún se halla sin respuesta el cuestionamiento inmediato ¿por qué?, si se respondiera seriamente esta interrogante, ya podríamos examinar los problemas que existen, y de ahí saber si éstos se atacan con leyes nuevas o con medidas para hacer más eficaces las que ya existen, proponer alternativas juiciosas, etcétera. Por otra parte también se ha dicho que al lado de un régimen de Garantías tradicionales aparece un sistema de nuevas Garantías para categorías desiguales, pero he de decir que, las Garantías diferentes pueden constituir menores Garantías, no ya para los justiciables sino para la propia administración de justicia, que es en sí misma una poderosa y necesaria Garantía para los ciudadanos individualmente y para la sociedad en su conjunto. Con toda razón habrá que examinar los males actuales y potenciales que trae aparejados el crimen organizado, pero también habrá que hacer lo propio en lo que concierne a las posibles consecuencias e implicaciones de un régimen jurídico que modifica al sistema penal mismo, alterando una construcción levantada a lo largo de varios siglos de quehacer esforzado para contener el poder y proteger al ciudadano, un viraje en éste ámbito amerita por lo menos el más amplio debate y la más esmerada reflexión.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada resultó de una iniciativa presentada ante la Cámara de Senadores por el Presidente de la República Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León, en conjunto con numerosos Senadores y Diputados Federales de las diversas fracciones parlamentarias, el 18 de marzo de 1996, y en cuya exposición de motivos se advirtió que ésta forma de criminalidad "es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa". La propuesta de contar con una nueva ley acerca del crimen organizado se asocia con un diagnóstico ciertamente preocupante; la exposición de motivos advierte: **"por lo que hace a los medios de reacción contra la delincuencia 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 de justicia, y que se base en 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 infuncionales". Llama la atención el hecho de que esta iniciativa de nueva ley se presentase al mismo tiempo que la iniciativa de Reforma Constitucional, de cuya aprobación dependería la Constitucionalidad del ordenamiento secundario. De ésta manera tan poco ortodoxa, se abrevió el camino anticipando algunos pasos. En el Senado el dictamen se produjo el 15 de octubre del mismo año. El largo tiempo transcurrido entre la presentación de la iniciativa y la formulación del dictamen es muy elocuente sobre las graves preocupaciones y objeciones que aquélla suscitó, más lo es la consideración que hizo el dictamen acerca de la necesidad de compatibilizar el régimen jurídico sobre la delincuencia organizada con las exigencias del Estado de Derecho, lo cuál dió lugar a muy numerosas reformas al texto original: esta labor legislativa "se tradujo en la modificación de casi la totalidad del articulado de la iniciativa", anuncia el propio dictamen; una inquietud dominó el trabajo de los legisladores: se hallaban ante "instrumentos de excepción" así lo resaltó el propio dictamen y así se reconoció en otros momentos del proceso legislativo. La preocupación de los dictaminadores queda resumida en una frase expresiva: "**Se esta creando en la Nación, una doble vida, legal, lícita; la otra subterránea, al margen de la ley, y las instituciones, que busca de manera abierta, el control ilegal de la sociedad**". El dictamen propuso correcciones importantes, que mejoraron la propuesta de ley, pero también introdujo cambios verdaderamente desafortunados, uno de ellos y acaso el más controvertible, fué el de la descripción de delincuencia organizada; cumplido el proceso parlamentario, la ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Noviembre de 1996.

Ahora pasemos a realizar un estudio general de los aspectos relevantes de éste ordenamiento:

La L.F.D.O. constituida por cuatro títulos. El primero de éstos, sobre "Disposiciones generales", consta de un solo capítulo, relativo a la "Naturaleza, objeto y aplicación de la ley". Es aquí donde aparecen las principales normas sustantivas (salvo las referentes a la aplicación de penas), es decir, la descripción de delincuencia organizada y la fijación genérica de sus consecuencias penales.

El segundo título reviste carácter procesal: "De la investigación de la delincuencia organizada". En este lugar se hallan cuestiones orgánicas, colaboración de autoridades e infiltración de agentes, esto es, el supuesto de los agentes encubiertos, "ganchos" incorporados en las organizaciones delictuosas. El siguiente capítulo habla de la "detención y retención de indiciados", instituciones que, por cierto, sugiero entender en realidad como una sola. El tercer capítulo se contrae a "la reserva de las actuaciones en la averiguación previa", tanto por lo que concierne 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 del título segundo, sumamente extenso, regula las "órdenes de cateo y de intervención de comunicaciones privadas"; es aquí donde se detallan el alcance y las circunstancias de esas intervenciones, en forma que excede, con mucho, a la utilizada para justificar el cateo domiciliario. El capítulo quinto se dedica 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 punto 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.

En un capítulo único, el título tercero se refiere a "las reglas para la valoración de las pruebas y del proceso". El último título, que consta de un solo capítulo, atañe a "la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad".

A lo largo de los capítulos precedentes he aludido y aludiré de nuevo, en diversas apartados, al decreto de reformas Constitucionales estrechamente vinculado con la L.F.D.O., que introdujo cambios importantes en varios ordenamientos, a saber: (el entonces) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Ley de Vías Generales de Comunicación. La iniciativa correspondiente fué presentada en la Cámara de Senadores, el 15 de Octubre de 1996, por los integrantes de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos Primera Sección y de Justicia, ése mismo día ocurrió el debate y se produjo la aprobación de la L.F.D.O. y de este Decreto vinculado con aquélla, que sería publicado el 7 de noviembre de 1996, con la L.F.D.O. En consecuencia, los

legisladores no dispusieron del tiempo necesario, -sino solo unas horas o algunos minutos a diferencia de lo ocurrido con la iniciativa para la L.F.D.O.- para estudiar el Decreto que reformaría cinco ordenamientos federales con aspectos sumamente delicados. Se consideró que no había necesidad de mayores trámites con respecto a esta iniciativa, asociada a la L.F.D.O., resultaba de "urgente y obvia resolución", se dijo, pero de ésta suerte se incurrió de nuevo en la premura que tantas veces ha hecho tropezar nuestros procesos legislativos, en perjuicio del sistema jurídico que de ellos proviene. La iniciativa correspondiente a estas reformas fué aprobada en sus términos, con alguna salvedad irrelevante en el artículo 50 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El artículo primero transitorio de la iniciativa, consultaba que la nueva ley entrase en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, seguramente los autores de la iniciativa advirtieron que la novedad y complejidad del nuevo ordenamiento requería de una *vacatio legis* (término entre la publicación de una ley y el día en que comienza a tener vigencia) razonable, que permitiese preparar la vigencia en condiciones adecuadas, aún cuando un periodo de seis meses parece excesivamente prolongado. Por lo demás, esta preparación solo sirve a un propósito: eficacia, sin embargo, el legislador acordó otra cosa, quizás bajo la preocupación de evitar que hubiera sustracciones al nuevo régimen deseado en esta materia. No se consigné, sin embargo, una *vacatio* reducida pero suficiente, sino se incurrió en la conocida fórmula fulminante: "este Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación".

4.1.1. SU APLICACION.

En lo que respecta al título primero, capítulo único de la L.F.D.O., se aprecia que la preocupación del legislador era establecer reglas que sirvieran de base y apoyo a la procuración y administración de justicia. Esto es, para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. (Art. 1o.). De igual manera se enlistan los delitos que contempla esta ley; a continuación los cito y relaciono los preceptos de otras legislaciones que se refieren a cada uno de ellos: Terrorismo (art. 139 del Código Penal Federal);

Contra la salud (arts. 194 y 195 primer párrafo del Código Penal Federal); Falsificación o alteración de moneda (arts. 234, 236 y 237 del Código Penal Federal); Operaciones con recursos de procedencia ilícita (art. 400 bis del Código Penal Federal); Acopio y tráfico de armas (arts. 83 bis y 84 de la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); Tráfico de indocumentados (art. 138 de la Ley General de Población); Tráfico de órganos (arts. 461, 462, y 462 bis de la Ley General de Salud); Asalto (arts. 286 y 287 del Código Penal Federal); Secuestro (art. 366 del Código Penal Federal); Tráfico de menores (art. 266 ter. del Código Penal Federal); Robo de vehículos (art. 381 bis del Código Penal Federal).

También, establece que se considera como delincuencia organizada, cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organizan, ya sea en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tengan como finalidad o resultado cometer alguno o algunos de los delitos antes referidos (art. 2).

Aclara que tratándose de los delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, solo serán perseguidos conforme a la ley en comento, siempre y cuando sean cometidos por miembros de la delincuencia organizada y si el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción. (art. 3). Cabe destacar el hecho de que a través de la ley en cita, se establecen penalidades distintas a las contempladas por el Código Penal Federal o las leyes especiales, ya que sin perjuicio de las penas que corresponden por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le impondrán además otras sanciones privativas de libertad, a saber:

a) en los casos de delitos contra la salud, a quien desempeñe funciones de administración, dirección o supervisión dentro de la estructura de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión; quien no tenga tales funciones a su cargo, de diez a veinte años de prisión.

b) En los demás delitos enumerados, quien tenga el carácter de administrador, director o supervisor, de ocho a dieciséis años de prisión, quien no ostente tales funciones, de cuatro a ocho años de prisión.

En todos los casos de delitos cometidos bajo supuestos de la ley en comento, se deberá proceder al decomiso de los objetos, instrumentos y productos, así como de los bienes propiedad del sentenciado y de aquéllos respecto de los cuales se ostente como dueño, si no se acredita su legítima procedencia. (art. 4)

También se contempla el agravamiento de la penalidad hasta en una mitad más, en los casos de que un servidor público participe, o cuando se utilice a menores de edad en la comisión de los delitos antes referidos. (art. 5). Dadas las características de los delitos que contempla y sanciona la L.F.D.O., se duplicarán los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes. (art. 6)

El título segundo en su capítulo primero, prevé la creación de la Unidad Especializada en la Investigación y Persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada (actualmente conocida como Unidad Especializada contra la Delincuencia Organizada, por sus siglas U.E.D.O.) integrada por agentes del Ministerio Público Federal y auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y Peritos, dependientes de la Procuraduría General de la República (P.G.R.), la unidad mencionada, deberá contar con un cuerpo técnico de control, que se encargará de verificar la autenticidad de los resultados en las intervenciones de comunicaciones privadas; establecerá lineamientos sobre características de los aparatos, equipo y sistemas a autorizar; así como la guarda, conservación, mantenimiento y usos de éstos: (art. 8)

En investigaciones de actividades de miembros de la delincuencia organizada, relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberán realizarse éstas en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (S.H.C.P.). En tal virtud, los requerimientos, tanto del Ministerio Público de la Federación como de la Autoridad Judicial, de información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, deberán efectuarse por medio de la Comisión Nacional Bancaria, Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y Secretaría de Hacienda y Crédito Público, según corresponda.

Es destacable que la ley determina claramente que la información captada por los conductos mencionados, deberá ser manejada de manera confidencial. El servidor público que llegare a infringir tal disposición, será sujeto de responsabilidad, ya sea penal o administrativa. (art. 9)

Si alguna persona física o moral se encuentra sujeta a investigación del Ministerio Público de la Federación, a causa de sospecha fundada de pertenecer a la delincuencia organizada, esta autoridad podrá solicitar a la S.H.C.P. la realización de las auditorías respectivas. (art. 10)

La P.G.R. podrá autorizar la infiltración de agentes, con la finalidad de conocer las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación de personas físicas y morales sujetos a sospecha. (art. 11)

En el capítulo segundo se menciona que a solicitud del Ministerio Público Federal, el Juez podrá dictar arraigo domiciliario de un indiciado, el cuál se desarrollará bajo la vigilancia del propio Ministerio Público y sus auxiliares, por el tiempo estrictamente indispensable para la integración de la averiguación previa, y no deberá exceder de noventa días, quedando implícito el Derecho del indiciado a participar en la aclaración de los hechos que se le imputan. (art. 12)

El capítulo tercero establece que el indiciado y su defensor tendrán Derecho de acceso a las actuaciones de la averiguación previa, únicamente respecto de los hechos que se les imputen, pudiendo presentar las pruebas de descargo que estimen oportunas, debiendo guardar el Ministerio Público y sus auxiliares la mayor reserva en tales actuaciones. (art.13)

El M.P.F. podrá mantener bajo reserva la identidad de las personas que rindan testimonio en contra de los miembros de la delincuencia organizada. Esto, cuando presuma fundadamente que se encuentra en riesgo la integridad del testigo. (art. 14)

El capítulo cuarto, se refiere a que el Juez de Distrito tiene la obligación de resolver, en un plazo de 12 horas positiva o negativamente, cualquier petición de cateo que formule el M.P.F. con motivo de la investigación de alguno de los delitos previstos en la L.F.D.O. Si en el plazo indicado el Juez no resuelve la solicitud de cateo, el M.P.F. podrá recurrir al Tribunal Unitario de Circuito correspondiente. Esta autoridad está obligada a resolver en un plazo igual; si la petición de cateo fuese negada, el M.P.F. tiene el recurso apelación ante el Tribunal Unitario de Circuito correspondiente, misma que deberá ser resuelta en un plazo no mayor de 48 horas. Tratándose de orden de aprehensión solicitada por el M.P.F., el Juez de Distrito competente deberá acompañarla, si procediere, de una orden de cateo, dicha orden de cateo deberá especificar el domicilio del probable responsable, o el señalado como de posible ubicación, o cualquier lugar que deba catearse por tener relación con el delito, asimismo deberá cumplir con los demás requisitos señalados en el párrafo VIII del artículo 16 de nuestra Carta Magna. (art. 15)

Se precisa que cuando se considere necesaria la intervención de una comunicación privada, ya sea durante la etapa de averiguación previa o durante el proceso penal, el Procurador General de la República o el titular de la U.E.D.O., procederá a solicitarlo por escrito al Juez de Distrito competente,

expresando: el objeto y necesidad de intervención; los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda comprobar. Además, dicha solicitud de intervención deberá contener los siguientes datos: la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; especificación del procedimiento y equipo a utilizar en la intervención; la identificación de la persona a cuyo cargo esté la prestación del servicio a través del cuál se realice la comunicación objeto de la intervención. Asimismo, establece que podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen en forma oral, escrita, por signos y señales, mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. (art. 16)

El Juez de Distrito que reciba la solicitud de intervención, no la autorizará 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. Asimismo se reitera la obligación de responder a la solicitud en un plazo no mayor de 12 horas. (art. 17)

Es requisito indispensable para que el Juez de Distrito autorice o niegue la intervención de comunicaciones privadas, que existan indicios suficientes para presumir que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada, y también, que la intervención sea el medio idóneo para allegarse de elementos probatorios en la investigación que se realiza. Autorizada que fuese la intervención, el Juez determinará las características de la operación, sus modalidades y sus límites. Si fuese necesario, ordenará modos específicos de colaboración de instituciones públicas o privadas. El M.P.F., es el único autorizado para llevar a cabo la intervención, con la participación de perito calificado.

La autorización que le otorgue el Juez deberá señalar:

Las comunicaciones que serán escuchadas o interceptadas.

Los lugares que serán vigilados.

El periodo dentro del cuál se llevarán a cabo las intervenciones;

Este lapso podrá ser prorrogado por el Juez de Distrito, a solicitud del M.P.F.

La autorización de intervención, incluyendo las prórrogas, no podrá exceder de seis meses, a no ser que el M.P.F. acredite nuevos elementos para justificar el plazo.

Si la prórroga de intervención fuera negada, se deberá tener por concluida ésta, debiendo levantarse acta y rendirse informe complementario, remitiéndolo al juzgador.

Es obligación del M.P.F., al término de cualquier intervención, informar al Juez de Distrito sobre su desarrollo y resultados, levantándose el acta respectiva. El Juez de Distrito deberá invariablemente, verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados. En caso de incumplimiento, podrá revocar la autorización de manera parcial o total. Señala también que cualquier intervención realizada sin las autorizaciones antes citadas, o fuera de los términos en ellas ordenados, carecerán de valor probatorio: (art. 18)

Cabe destacar que la ley repite casi textualmente en su artículo 19, tratándose de intervenciones privadas, los mismos requisitos expresados en el artículo 15 párrafos segundo y tercero, relativos a las operaciones de cateo.

El M.P.F., deberá ordenar la transcripción de aquellas intervenciones que resulten de interés para la averiguación previa. Tales transcripciones deberán ser cotejadas en presencia del personal técnico de control de la U.E.D.O. que haya realizado las grabaciones y ratificadas por el mismo. Toda transcripción deberá incluir los datos necesarios que permitan identificar la cinta de su origen; éstos con el contenido respectivo, serán integrados a la averiguación previa. Igualmente cuando el caso lo amerite, tratándose de imágenes de video, podrán ser convertidas a imágenes fijas, y una vez impresas, integradas a la indagatoria, con su respectiva identificación de origen. (art. 20)

En caso de que como resultado de la intervención se tenga conocimiento de delitos diversos que aquéllos que motivaron la medida, tal circunstancia se hará constar en el acta correspondiente. Quedan excluidos los actos relacionados con las materias mencionadas en el artículo 16 Constitucional: electoral, civil, mercantil, laboral o administrativa. Se destaca el hecho de que toda actuación del M.P.F. o de la Policía Judicial Federal realizada en contravención a la anterior disposición, carecerá de valor probatorio. Si llegase a ser necesario ampliar la intervención a otros sujetos o lugares, el M.P.F. podrá solicitarlo al Juez de Distrito. La intervención podría resultar en el conocimiento de hechos y datos distintos de los que se pretende probar. En este caso, dicha información solo podrá ser utilizada como prueba si se refiere al mismo sujeto investigado y si se trata de delitos referidos en la L.F.D.O. Por otra parte, si la información obtenida se refiere a una persona distinta al sujeto investigado, ésta sólo podrá

utilizarse en el procedimiento en que se otorgó la autorización de intervención. Si el M.P.F. encuentra que la información obtenida lo amerita, iniciará la averiguación previa correspondiente, o bien, lo hará del conocimiento de la autoridad competente, según corresponda. (art. 21)

El M.P.F. está obligado a levantar acta circunstanciada de toda intervención que realice, en la que se contendrá: la fecha de inicio y término de la intervención, inventario pormenorizado de los documentos, objetos y las cintas de audio y video que contengan los sonidos o imágenes captadas, la identificación de quienes hayan participado en las diligencias, los demás datos que considere relevantes para la investigación. De igual forma el M.P.F., procederá a enumerar progresivamente las cintas originales y el duplicado, asentando los datos necesarios para su debida identificación y guardándolas en sobre cerrado, siendo su responsabilidad la seguridad, cuidado e integridad de ellas. (art. 21)

El M.P.F. deberá entregar al Juez de Distrito, al iniciarse el proceso penal, las cintas y todas las copias existentes, así como cualquier otro resultado de la intervención. Señala como obligación del Juez de Distrito, que durante el proceso y por el término de diez días, ponga a disposición del inculcado las cintas resultado de la intervención, bajo su más estricta supervisión y velando por la integridad de estos elementos probatorios. Concluido el término aludido, el inculcado o su Defensor tendrán derecho de formular observaciones, si las tuvieren, y solicitar al Juez la destrucción de aquellas cintas o documentos no relevantes para el proceso. Igualmente podrán solicitar la transcripción aquellas grabaciones o la fijación en impreso de imágenes que consideren relevantes para su defensa. Si la grabación, cintas o registros derivan de una intervención no autorizada o no se hubiere cumplido en los términos de la autorización judicial respectiva, procederá su destrucción. Puede intentarse la apelación, con efecto suspensivo, respecto del auto que ordene la destrucción. (art. 23)

También procede la destrucción cuando el M.P.F. se hubiere abstenido de ejercitar la acción penal y hubiese transcurrido el término legal para impugnar tal resolución sin que ello suceda, así como cuando se resuelva enviar a reserva la averiguación y por ello no se consigne cuando además transcurra el término para la prescripción de la acción penal, en ambos casos las cintas se deberán poner a disposición del Juez de Distrito que autorizó la intervención, el cual ordenará su destrucción en presencia del M.P.F. (art. 24)

El M.P.F. está facultado para ordenar la detención de personas presuntamente relacionadas con la delincuencia organizada, siempre y cuando se actualicen los presupuestos establecidos por el artículo 16 Constitucional, en estos casos y siempre que se trate de delitos contemplados en la L.F.D.O., podrá solicitar al

Juez la autorización para realizar intervención de comunicaciones privadas, si ésta cumpliera con todos los requisitos, el Juez de Distrito deberá resolverla en el término de las 12 horas siguientes ha haberla recibido. (art. 25)

Los permisionarios, concesionarios, y demás titulares de los medios o sistemas a intervenir, están obligados a colaborar eficientemente con la autoridad competente, en el desahogo de las diligencias respectivas. (art. 26)

Los servidores públicos de la U.E.D.O., así como cualquier otro servidor público que interviniere comunicaciones privadas sin la autorización judicial correspondiente, o que la realice en términos distintos a los autorizados, serán sancionados. (art. 27)

Todas las personas participantes en cualquier intervención de comunicaciones privadas, deberán guardar reserva sobre el contenido de las mismas, los servidores públicos que participen en algún proceso de los delitos a que se refiere la presente ley, no podrán divulgar ni utilizar en forma indebida o en perjuicio de terceros, la información o imágenes obtenidas en cualquier operación, autorizada o no, de intervención de comunicaciones privadas, quienes lo hicieren serán sancionados de igual forma que quienes con motivo de su empleo, cargo o comisión pública tengan conocimiento de la existencia de esos elementos. (art. 28)

En el capítulo quinto, se menciona que cuando existan indicios suficientes para presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el M.P.F. podrá disponer previa autorización judicial, el aseguramiento los bienes de dicha persona, lo mismo para cuando la persona indiciada se conduzca como dueño de dichos bienes, quedando a cargo de los tenedores acreditar su procedencia legítima, en cuyo caso se deberá ordenar levantar el aseguramiento. (art. 29)

El aseguramiento de los bienes podrá realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso. (art. 31)

Todos los bienes asegurados conforme lo dispuesto anteriormente, quedarán a disposición del Juez de la causa, se especifica que el M.P.F. habrá determinado previamente las medidas provisionales necesarias para la conservación de esos bienes.(art. 32)

La supervisión y control de los bienes asegurados, quedarán a cargo del Juez de la causa en todo momento del proceso, en cuanto a la administración de los mismos, sus términos serán determinados por el Consejo Técnico de Bienes Asegurados, previsto en la Ley Orgánica de la P.G.R. (art. 33)

En el Capítulo sexto se aborda un tema que tiene relevancia para los efectos de la presente ley que es el de la protección a las personas, se dice que la P.G.R. está obligada a prestar apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su participación en un procedimiento penal relativo a delitos previstos en la presente ley, así lo requiera. (art. 34)

Por su parte el capítulo séptimo estipula que cuando un miembro de la delincuencia organizada preste ayuda eficaz para la persecución e investigación de otros miembros de la misma, podrá recibir los siguientes beneficios:

*** Si no existe una averiguación previa en su contra, todo elemento de prueba que aporte o se derive de la averiguación iniciada gracias a su colaboración, no podrá ser tomada en su contra. Tal beneficio solo podrá darse en una sola ocasión respecto de la misma persona;**

*** Si ya existe una averiguación previa en la cuál esté implicado el colaborador, y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos cometidos por él, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;**

*** El indiciado sujeto a proceso penal, que aporte pruebas ciertas y suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada que desempeñen en la misma, funciones de administración, dirección o supervisión, podrá gozar de una reducción hasta la mitad de la pena, que le correspondería por los delitos cometidos.**

*** Cuando sea un sentenciado quien aporte pruebas ciertas y valoradas por el Juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá gozar de la remisión parcial hasta en dos terceras partes de la pena que le haya sido impuesta.**

Al imponer las penas y al otorgar los beneficios referidos en este artículo, el Juez deberá tomar en consideración tanto para los indiciados cuanto para los procesados, lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establece la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad. (art. 35).

Puede presentarse el caso de que aparezcan pruebas distintas a las que demuestran la autoinculpación del sujeto que colabore con el M.P.F., en este supuesto la representación social podrá solicitar al Juez de la causa, la reducción

de penas que le corresponde hasta en tres quintas partes, siempre y cuando a criterio del órgano jurisdiccional, se presenten las siguientes condiciones: que la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba; y que dicha información sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador. (art. 36)

Cuando el órgano jurisdiccional dicte orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la P.G.R. podrá ofrecer recompensa a quienes auxilién eficientemente para su localización y consecuente aprehensión. La recompensa de referencia será determinada en sus términos y condiciones por el Procurador General de la República, mediante acuerdo específico que al efecto emita. (art. 37)

Para el caso de informaciones anónimas sobre hechos relacionados con los delitos previstos en la L.F.D.O., el M.P.F. deberá ordenar la consecuente verificación, de resultar ciertas y encontrar indicios suficientes de haber sido cometidos los delitos, dicha autoridad deberá iniciar averiguación previa, recabar pruebas, e interrogar a testigos, en ningún caso dicha información tendrá valor por sí sola dentro del proceso penal, para el ejercicio de la acción penal será necesaria la denuncia, acusación o querrela correspondiente. (art.38)

Toda persona que posea objetos o documentos que pueden servir de pruebas, está obligada a exhibirlos a requerimiento del M.P.F. en el transcurso de la averiguación previa, o del juzgador en el transcurso del proceso. (art. 39)

El título tercero en su capítulo único, prescribe que en la fase de comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado, el Juez deberá valorar prudentemente la imputación que hagan los diversos participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa. (art. 40)

Los Jueces y Tribunales, al considerar en conjunto el valor de los indicios como prueba plena, deberán apreciar: la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca, en la persecución de la delincuencia organizada, la autoridad investigadora podrá utilizar las pruebas en un proceso y valorarlas como tales en otros procedimientos distintos, pero relacionados con los delitos a que se refiere la presente ley. La sentencia judicial irrevocable que acredite la existencia de una determinada organización delictiva, será también prueba plena de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento. Cualquier otro procesado, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada, únicamente sería necesario probar su vinculación con la organización (Art. 41)

Por último el título cuarto en su capítulo único, señala que como medida de protección, la autoridad deberá mantener reclusos a los procesados y sentenciados que estén colaborando en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada, en establecimientos separados o distintos de aquéllos en donde están reclusos los segundos. Sin embargo, queda la duda de si será necesario construir establecimientos especiales, ya que el brazo ejecutor de las organizaciones criminales es tan poderoso que en su venganza podrá alcanzar y ejecutar sin importar en donde se encuentren los informantes. (Art. 42)

Los beneficios de la libertad preparatoria o de la libertad condicional no alcanzan a los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente ley, solo podrán gozar de dichos beneficios quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada. (art. 43)

La misma regla anterior será aplicada en relación con el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena, actos referidos en la Ley que establece las Normas sobre la Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. (art. 44).

4.1.2. TESTIGOS-DELINCIENTES.

En el Derecho comparado y sobre todo en el Anglosajón, es bien conocida la "negociación" entre el inculpado y la autoridad, para obtener confesiones o testimonios que conduzcan a procesos más breves y menos onerosos por un lado, y a investigaciones, capturas y procesamientos más exitosos por otro, el *plea guilty* (admisión de responsabilidad a cambio de reducción de cargos, penas, o simplificación del proceso) y la colaboración para enjuiciar a copartícipes del delito, son expresiones bien sabidas de este acuerdo pragmático entre autoridades y los inculpados, por no decir entre el Estado y los delincuentes. El *do ut des* contractual llega así al régimen penal, uno de los sectores más delicados y sensibles de la función pública, en suma la justicia penal se colma de "sentido práctico", aunque para hacerlo deje de ser justicia o se coloque en el riesgo de no serlo, desde luego, hay partidarios y detractores de este género de transacciones, que en lo personal descalifico y pudiera llamar "componendas" que tergiversan el espíritu de la ley.

Sería pecar de inocente si supusiéramos que la colaboración de los testigos protegidos deriva de la buena fe y tranquila conciencia del infractor, que resuelve sincerarse con la autoridad. Los medios para captar el auxilio de los delincuentes pueden ser diversos, la L.F.D.O. no dice nada al respecto, sin embargo, para la mirada más superficial resulta evidente que en la penumbra de las investigaciones se organizará todo un régimen de acuerdos, con negociaciones lucrativas inclusive, a despecho de los valores inherentes a la justicia penal. Eso mismo se advierte al observar que la colaboración debe traducirse, para alcanzar la eficacia que de ella esperan el Estado y el propio delincuente ahora transformado en Testigo, en el procesamiento y hasta la condena de otros protagonistas de la delincuencia organizada, no nos hallamos aquí frente a los simples supuestos del juicio sumario en virtud de una confesión judicial, sino en la hipótesis de negociación que pone en la mesa la responsabilidad propia o revelaciones sobre la ajena, a cambio de alivio en la incriminación y la sanción; éste es uno de los puntos más débiles de la L.F.D.O., aunque en la óptica de sus impulsores radique aquí una de sus virtudes más apreciables. **No hay que perder de vista que el ahora colaborador del Estado, es una persona extraída de las propias filas de las organizaciones a las que precisamente se pretende perseguir y juzgar, no se trata de un ciudadano común y corriente, sino en principio de un sujeto transgresor del orden social y por ende actor contra el Estado mismo.** El eje de trato entre el Estado y el delincuente es la prueba, si éste suministra pruebas útiles, se hará acreedor a los descuentos penales, se alude a la "autoinculpación" del colaborador, pero esta expresión solo encierra la mitad de la prueba: aquélla en que el sujeto admite su participación en los hechos delictuosos; si la probanza se contrae a esta admisión, resulta ineficiente para el órgano de persecución y no beneficia la indiciado, porque lo que se quiere es el suministro de otros elementos, que deben hallarse en la segunda mitad de la prueba: datos incriminatorios de sujetos diferentes, que se proveen a través del testimonio del colaborador. Así las cosas, éste tiene un doble carácter en el procedimiento: el del declarante que confiesa y el del declarante que rinde testimonio: confesante y testigo a la vez. Habida cuenta las características del testigo, el Ministerio Público y el Tribunal probablemente se enfrentarán a delicadas cuestiones en la valoración del testimonio, que no recoge la L.F.D.O., sino se suscitan por la aplicación de las reglas generales acerca de este punto que prevé el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales: Así para apreciar la declaración de un testigo el Tribunal deberá tomar en cuenta los factores ahí contenidos. (el numeral citado fué transcrito en el tema 3.3.2.)

Habrá que tener en cuenta las ideas acerca de la antropología criminal de Cesar Lombroso, mismas que sostienen que el delincuente actúa en contravención de la ley por factores que influyen directamente en su quehacer y que lo hacen reaccionar de una u otra manera según sus objetivos y conveniencia. En la practica a los delatores no se les pone en duda su dicho, no pasan el poligrafo (detector de mentiras) por el contrario dentro de los evaluaciones que se les practican a los Ministerios Públicos se encuentra ésta, resultando entonces que la Procuraduría confía más en la delincuencia que en su propio personal.

Se han dado casos en los procesos penales, en que las personas se acogen al programa y no se les continúa investigando dentro de alguna averiguación, cuando ésta llega ante el Juzgado y se requiere que el colaborador deponga contra los procesados, éste ya no esta al alcance de la Autoridad. Luego entonces, no se tiene la certeza de que la persona a la que se beneficia con no perseguirlo en una averiguación, vaya a presentar testimonio una vez que aquélla se consigne ante el Juez.

4.1.3. NEGOCIACION Y BENEFICIOS.

En el plano internacional, es bien conocida la práctica de "negociar" con los delincuentes, para canjear información útil por benevolencia penal. La Declaración Política y Plan de Acción Mundial Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, señala lo siguiente sobre este particular: "deberá considerarse la introducción de medidas para alentar a los miembros de organizaciones delictivas a cooperar y prestar testimonio.... -y dentro de los términos del Derecho interno- la concesión de un trato por el que se reconozca de algún modo la colaboración que haya prestado a la acusación": En el mismo documento se alienta la posibilidad de que el Estado "comparta" los activos confiscados.

La exposición de motivos de la L.F.D.O. se refiere a la "Remisión parcial o total de la pena por colaboración eficiente de miembros de organizaciones criminales en (la) persecución y desarticulación" (de la delincuencia organizada). La alusión es errónea, porque la remisión es una medida de la fase de ejecución penal, en tanto que la exposición de motivos se est  refiriendo, a las "quitas" penales en favor de los colaboradores durante el proceso. La citada exposición

no considera las ventajas y desventajas de esta figura desde el ángulo de las funciones del Estado y la ética pública, también es omiso el dictamen hecho por la Cámara de Senadores, ya que no se refiere de manera directa a este respecto, se limita a hacer una descripción superficial de las propuestas legislativas y al final dice que "el otorgamiento de estos beneficios no puede ser automático", y por eso apunta que debe sujetarse a la valoración de juzgador, en términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, así como a la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. La L.F.D.O. incluye el principio de oportunidad, no obstante no llega al extremo de facultar al M.P.F. y al Juez para apreciar con entera libertad la conveniencia de perseguir y sancionar. En estos casos el régimen de oportunidad se vale de la misma ley: por una parte, ésta dispone consideraciones especiales que no permite en otros casos y que se fundan en la conveniencia persecutoria; por la otra, faculta a las autoridades para moverse con amplitud en el espacio del arbitrio excepcional que la ley contempla; esto supuestamente se debe a factores conectados con la eficaz persecución de la delincuencia organizada, aprovechando para ello las fuerzas mismas de esta criminalidad. La L.F.D.O. influenciada por el enjuiciamiento penal Anglosajón, tal y como sucede en México en otras expresiones de ese tipo de vida y de cultura, admite la negociación entre la autoridad y los delinquentes colaboradores, actitud que de entrada rompe con el principio de legalidad y obligatoriedad del proceso en el sistema penal nacional. Este apartado es un espacio ideal para aplicar los conceptos, reflexiones y doctrina que he apuntado con antelación, dirigiéndolo a uno de los objeto de mi postura, porque toda esta disertación encierra un reproche hacia la L.F.D.O., y más específicamente contra la discrepancia que supone en su aplicación la figura de los Testigos protegidos dentro del proceso penal mexicano, rompiendo y distorsionando las figuras y procedimientos existentes. En la ley supracitada, dentro de su articulado aparece un Capítulo VII, al cuál se le denomina "De la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada", el artículo 35 contiene el texto: "El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes....."; es bien claro que desde este encabezado se maneja con la mayor de las naturalidades que hay que beneficiar a los delinquentes y se establecen los términos de una negociación, misma que habrá de llevar a cabo la Procuraduría General de la República, pareciera que lo que se pretende es proteger para seguridad personal, a los sujetos procesales que enumera el artículo 34, resultando claro e indiscutible que testificar contra una persona puede traducirse en un riesgo y por ello la Procuraduría tiene obligación de

proteger a los amenazados, sin embargo, si se leen las distintas fracciones del artículo 35, esto no parece verdadero. Si bien la fracción I se refiere a una circunstancia en la cual no exista averiguación previa en contra del deponente, la fracción II prevé algo más profundo, en los siguientes términos: "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", de donde se puede observar claramente que este dispositivo tergiversa totalmente al artículo 21 Constitucional, puesto que la "negociación" se establece entre la Procuraduría General de la República y el delincuente, con el objeto de que otro órgano procesal ajeno y posiblemente futuro: el Juez, obligadamente "reduzca" la pena que señala el Código Penal y que finalmente pudiere llegar a aplicar. Siendo que por principio éste debe tener plena autonomía en el ejercicio de su función así como plenitud en su jurisdicción, teniendo como actividad la imposición de las penas de manera propia y exclusiva. Parecidos beneficios se prevén a favor de los delincuentes en la fracción III ("cuando el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros delincuentes"), y la fracción IV (misma hipótesis cuando los sentenciados sean altos miembros de la delincuencia organizada con funciones importantes).

4.2. GARANTIAS VIOLENTADAS.

Han pasado algunos años ya, de la vigencia de las Reformas Constitucionales y del régimen legal contra la delincuencia organizada nacido de ellas, pero lejos de vivirse una disminución real de los delitos cometidos por organizaciones criminales, éstos se han diversificado y aumentado de manera alarmante, con lo que se deduce que no vale la pena la importante afectación de Garantías del individuo que genera en su aplicación la L.F.D.O., dado que los resultados hablan por sí solos, no solo son incipientes, sino poco dignos de credibilidad y eficacia, particularmente en el ámbito de la protección y beneficios que le otorga a los testigos en lo que se refiere a delincuentes o delatores de las cabezas de las organizaciones criminales. Uno de los puntos más discutibles de la L.F.D.O., también importado al sistema jurídico mexicano a partir del Derecho Norteamericano, es precisamente la negociación entre el Estado y el infractor, que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de ventajas en la persecución y sanción de quien contribuye a aquéllas mediante información y pruebas aprovechables, aquí campea el principio de oportunidad persecutoria, por encima de la regla de legalidad, que había dominado en el Derecho mexicano. Si la precisión es exactitud intelectual, llegamos fácilmente a la conclusión de que la justicia se apoya o descansa en el valor propio de cada persona: Y si el Estado de Derecho es orden social, el hombre indudablemente está en el centro del Derecho, de donde el procesado, que en ningún momento ha dejado de ser hombre en virtud de los Derechos inherentes a la personalidad humana, goza de todas las Garantías Constitucionales y de orden procesal que el sistema penal mexicano prescribe en su favor. La violencia, la corrupción y el soborno, son intrínsecamente inmorales y jurídicamente sancionados. Si el Derecho proviene de la voluntad del Estado, los funcionarios deben autolimitarse no por voluntad propia, sino Constitucionalmente por el Derecho que establece una igualdad ontológica dentro de la desigualdad accidental en la dinámica social.

La norma jurídica, en ocasiones, es suficiente para ordenar la cabal perspectiva de la convivencia humana. Pero es necesario recordar que tiene implícito el valor terapéutico del *honeste vivere* de los Romanos en su definición de los principios reguladores del Derecho, y la esencia de la ordenada concordia Agustiniiana. Tarea eminentemente ética e inevitable para impedir el fracaso en las relaciones mutuas y en la armonía que normativamente encierra toda Constitución. Aceptar la sujeción de la norma procesal a la norma

Constitucional, es admitir la unidad del sistema jurídico e instaurar una política estatal eminentemente pacífica y necesariamente justa. Pero teniendo siempre como divisa, el invariable apego a la naturaleza de la norma, las exigencias de la razón, el señorío de la buena lógica jurídica y el acatamiento de las normas universales intrínsecamente válidas, anteriores y superiores a toda sociedad y a toda relación jurídica positiva, sin prioridad histórica y ontológica, cuya base de sustentación es el Derecho Natural que se traduce en fórmulas positivas provistas de sanción. De nada sirve una Garantía individual, si la autoridad no se mueve a su entendimiento por convicciones y no se mueve a su voluntad por estímulos de orden moral y por imperativos de conciencia común.

A continuación se citan de manera enunciativa y no limitativa algunas de las principales violaciones a las Garantías Constitucionales que genera en su aplicación la L.F.D.O., resaltando que me he contraído a ocuparme de los artículos 13, 14, 16, 20, 21, y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que considero que estos artículos son los que sufren mayor e inmediata afectación, estimo será suficiente para dilucidar la inaplicabilidad de la figura de los testigos protegidos en el sistema penal mexicano, dadas sus características particulares y las peculiaridades de nuestro proceso penal.

El conjunto de prohibiciones y limitaciones que se contienen de manera explícita en el artículo 13 de la Constitución, tienen su fundamento en el principio de la igualdad de las personas ante la ley, en ocasiones este principio ha sido reconocido expresamente por nuestros textos Constitucionales, pero otras veces como acontece actualmente, se ha manifestado a través de la abolición de fueros y privilegios. Baste hacer un poco de historia, si observamos el punto 13 de los Sentimientos de la Nación, José María Morelos y Pavón ya sugería ahí "que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos solo lo sean en cuanto al uso de su Ministerio". Más ampliamente el Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, expedido en Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814, proveía lo siguiente: "La ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común". Es por ello que podemos concluir que desde sus orígenes más lejanos, el artículo 13 Constitucional tanto en su interpretación judicial y doctrinal, coincide en señalar que este precepto contiene en forma implícita la Garantía de Igualdad de las

personas ante la Ley., de donde al privilegiar la L.F.D.O. a las personas que como Testigos o delatores de alguna organización criminal, se esta faltando gravemente a este principio, y lo que es peor se deja a un lado la calidad de los ciudadanos comunes y corrientes que presentan testimonio, y aún de los procesados que no pertenecen a la delincuencia organizada, para beneficiar a sujetos que han transgredido la ley de manera grave o agravada, y que por el simple hecho de "facilitar" la investigación, se emplea en su favor la protección del Estado que es reclamada primordialmente por la sociedad respetuosa del orden jurídico. Por otra parte este artículo también se refiere a la prohibición de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, y estatuye que ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley, de lo que se concluye que dichas Garantías a las que se hizo mención se ven flagrantemente lesionadas en la aplicación de la L.F.D.O., toda vez que al generar ésta una serie de prerrogativas y beneficios en favor de las personas que siendo delincuentes integrantes de una organización criminal, con investigaciones en sus contra vigentes o futuras, contribuyan a la investigación y enjuiciamiento de otros miembros de esas organizaciones, se les está dotando de elementos jurídicos, que incluso van más allá de los que ordinariamente tiene el gobernado, es aquí cuando surge el cuestionamiento que hace el ciudadano común, ¿Es posible que la propia ley que transgrede un infractor, lo dote de más y mejores Garantías que a quién la respeta y cumple a cabalidad?

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada representa una ley especial, ya que contiene reglas sustantivas, procesales y de ejecución, con lo cual transgrede el principio de igualdad de la ley penal y la Garantía del artículo 13 Constitucional que dice que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por Tribunales especiales, dicho de otra manera, no se constriñe a eficientar la investigación de los delitos relacionados con el crimen organizado, sino que crea al margen del régimen adjetivo y sustantivo ya existente en materia penal, uno que propone normas especiales para las personas que forman parte de este segmento de la criminalidad moderna.

El artículo 14 Constitucional es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano, no es una casualidad que este precepto junto con el 16, sean los más invocados en las demandas de Amparo. En él se contienen cuatro de las más importantes Garantías de seguridad jurídica: 1) la de irretroactividad de la ley; 2) la de audiencia; 3) la de legalidad en materia penal,

y 4) la de legalidad en materia civil; son Garantías indispensables para dar firmeza y eficacia a los demás Derechos fundamentales de la persona establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por los órganos competentes del Estado Mexicano. El tercer párrafo del artículo 14, contiene el principio de legalidad aplicable en el campo penal, ya hemos indicado que el principio de legalidad, tal y como ahora lo entendemos, fué una de las mayores aportaciones del pensamiento de la Ilustración, la cual fue convertida en una de las grandes transformaciones de la Revolución Francesa, y dentro de los pensadores del Iluminismo, fué Césare Beccaria quien planteo la necesidad y alcance de este principio; la obra de Beccaria señala el nacimiento de lo que se ha denominado el Derecho penal liberal, frente al Derecho penal autoritario del *Ancien Régime* (Antiguo Gobierno autoritario). En otra parte del artículo en comento, se hace alusión a las formalidades esenciales del procedimiento, para otorgar al posible afectado por el acto privativo una razonable oportunidad de defensa. Para cumplir con el principio de legalidad no basta con que en una ley se declare que un hecho es delictuoso; se requiere que la ley describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que considera delictivo, situación que no acontece en el caso de la L.F.D.O. toda vez que siendo ésta una ley secundaria debiera ceñirse a tales lineamientos, y por el contrario revoca los principios del Derecho conocido y plantea un régimen punitivo diferente.

Podemos dividir el estudio del artículo 16 constitucional en dos grandes partes: la primera, de carácter general, comprende el análisis de la Garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero. En la segunda se deben contemplar las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad: las ordenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y la visita domiciliaria.

La primera consideración que debe hacerse para tratar el tema del Derecho a la intimidad, la constituye la definición misma de la sustancia de tal Derecho. La intimidad se refiere al espacio personal y exclusivo del ser humano, el cual sólo puede ser compartido por decisión propia, pero nunca vulnerado debido a ese carácter interior. Esta situación de inviolabilidad caracteriza el Derecho, que se representa por la protección jurídica de parte del Estado hacia la privacidad como esencia misma del gobernado. Si partimos de la conformación de un Estado democrático, encontramos que uno de los pilares lo representa el límite que tiene el Estado en la actuación de la esfera particular de los gobernados, así como los límites del ejercicio de los Derechos y las libertades de los propios

governados. En el caso de la intimidad, su Derecho se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en el artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni ataques a su honra o su reputación". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), y La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11, numeral 2) que retoman el sentido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En nuestra Constitución Política, dicho Derecho se encuentra reconocido a nivel de Garantía en el artículo 16 primer párrafo: "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".

Pese a estos límites a la invasión de la esfera privada, el avance tecnológico de la vida moderna ha creado la necesidad de legislación mucho más precisa en cuanto a la protección del Derecho a la intimidad. Pese a estas preocupaciones, el caso de México es distinto, no sólo hay ausencia normativa respecto al Derecho a la intimidad, sino que incluso, contamos con una legislación de excepción que lo vulnera, la muticitada L.F.D.O. La idea de realizar intervención de comunicaciones o registrar movimientos para disponer de pruebas útiles en el proceso, ha dado lugar a normas legislativas y pronunciamientos jurisdiccionales en diversos países. En la declaración Política y plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, se manifestó: "Deberá considerarse como recurso eventual a ciertas técnicas para la obtención de pruebas fidedignas, como la vigilancia electrónica, las operaciones encubiertas y la entrega vigilada". Existen diferencias importantes entre el texto de la iniciativa de reformas al artículo 16 Constitucional y el que finalmente fué aprobado. Como se dijo anteriormente hubo un intenso trabajo en el Congreso, que respondió a las inquietudes y objeciones que aparecieron a raíz del planteamiento de enmienda Constitucional en 1996. Bajo el texto vigente el artículo 16 Constitucional establece como Garantía individual el Derecho a la intimidad, mismo que se traduce en la inviolabilidad de las comunicaciones personales, que se hallaba sobreentendida y se acepta sin discusión. La Reforma fijó los términos para la injerencia de las autoridades en este género de comunicaciones, este alcance fué confirmado después por la L.F.D.O. En este punto hubiera sido deseable revisar el penúltimo párrafo del artículo 16, que contiene una limitación terminante: "La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación estará penada por la ley", luego entonces, ¿La

correspondencia que circule por estafeta no puede ser intervenida? Cuando se practicó la Reforma del artículo 16, se hizo notar con razón, que ese cambio era innecesario, bastaba con atenerse a la regla genérica sobre los actos de molestia a particulares, contenida en el primer párrafo del precepto; en todo caso, hubiera sido aconsejable regular la intervención de comunicaciones personales en los términos en que se regula el acceso al domicilio mediante cateo. El artículo 16, fija en principio, ciertas Garantías que establecen los límites al poder en beneficio de los individuos, y dispone también determinadas afectaciones al Derecho de los particulares. El nuevo texto Constitucional atribuye a la autoridad jurisdiccional federal el poder autorizar las intervenciones: "Exclusivamente la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada", sin razón suficiente quedaron excluidas las autoridades del fuero común, esto obedeció, se dijo, a que las vías de comunicación quedan dentro de la competencia federal. No parece impertinente que una autoridad del fuero común, en ejercicio de sus facultades, dicte disposiciones vinculantes para sujetos o instituciones regulados por leyes federales, a condición de que esas disposiciones no alteren el régimen jurídico general aplicable a aquéllas. No eran desconocidas en nuestra legislación las intervenciones en oficinas federales prestadoras de servicios a cargo de la federación, por mandamientos de un Juzgado local, baste citar el artículo 239 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya inaplicable pero vigente, que dice: "El Juez ordenará a petición de parte, que cualquier administración telegráfica le facilite copia de los telegramas por ella transmitidos, siempre que esto pueda contribuir al esclarecimiento de un delito". Así también y puesto que el artículo 16 es rotundo al respecto a la exclusividad mencionada, ya no es posible suponer que el legislador local siga autorizado a interceptar y abrir la correspondencia que recibe el inculpado, para efectos probatorios, por lo tanto resultan inaplicables por inoperantes los artículos 235 a 237 y 239 del Código en cita, así como sus correlativos en otras entidades de la República y en el propio Código Federal de Procedimientos Penales, para en lo sucesivo tomar en cuenta solo las disposiciones de la L.F.D.O. en cuanto a solicitudes, autorizaciones procedimientos y materia de las intervenciones, en su defecto existe una contradicción entre ellas. Una norma jurídica debiera establecer claramente su ámbito material de validez, para ello puede contener disposiciones positivas suficientes, puntualizando lo que es debido o posible hacer bajo su amparo y lo que no es debido o posible hacer, regla que no fué atendida por la Reforma al artículo 16 Constitucional, de donde se desprende un conflicto entre las legislaciones, o bien, legislaciones paralelas con aristas

distintas. Por lo que toca a las prohibiciones de intervención, el artículo 16 advierte que ésta no puede extenderse a las materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, así como las comunicaciones del detenido con su Defensor, en principio estas limitaciones son plausibles, sin embargo, razonando en el delito de manejo de recursos de procedencia ilícita, se deduce que la reforma resultó en obstáculo de la propia investigación criminal, dado que en este supuesto sería útil que pudiera llevarse a cabo una revisión de los actos civiles, fiscales y mercantiles del presunto responsable.

El artículo 38 de la L.F.D.O. se relaciona con la alusión que hace el artículo 16 Constitucional respecto a la denuncia o querrela necesarias para que pueda librarse una orden judicial de aprehensión, antes de la Reforma Constitucional de 1999, había un tercer concepto condicionante: la acusación, sin embargo, fué prácticamente unánime la interpretación legal, jurisprudencial y doctrinal en el sentido de que los únicos requisitos son la denuncia y la querrela, porque la acusación se produce una vez avanzado el proceso, cuando el M.P. formula conclusiones acusatorias. La interpretación uniforme del precepto supremo nos llevan a la conclusión de que esos actos condicionantes no lo son únicamente de la orden de captura, sino del inicio mismo de la averiguación previa, a tal punto que ésta no puede comenzar lícitamente sino existen tales denuncia o querrela; con ello suelen asegurar los tratadistas, que el Derecho Mexicano ha cerrado la puerta al antiguo sistema inquisitivo que se acomodó en las pesquisas generales o particulares y en las delaciones anónimas o secretas. Las reparaciones de estas figuras como en el caso del Código aduanero, han sido invariablemente repudiadas.

En el supuesto suministro de informaciones (delaciones) anónimas, la L.F.D.O. ordena que el M.P.F. disponga la verificación de estos hechos, es decir, no de la información misma, cuya fuente pudiera ser absolutamente inaccesible, por ejemplo en los casos de una carta anónima, o de una llamada telefónica inesperada cuyo origen se desconoce, prescribe que se investiguen los hechos a los que se refiere la información, lo que implica una investigación por parte de la autoridad persecutoria, es decir, el inicio de una averiguación previa, misma que desde el punto de vista Constitucional es ilegal de pleno Derecho. Continúa diciendo la norma, que en caso de verificarse tales hechos, y si de ello se derivan indicios suficientes de la comisión de estos delitos, deberá iniciarse una averiguación previa, esto es un desacierto técnico jurídico que hay que resaltar, ya que esa averiguación ya se ha iniciado en el momento mismo en que el

M.P.F. dispuso se verificase el contenido de la delación anónima, a no ser que se llegue a la controvertible conclusión de que la L.F.D.O. ha instituido un novedoso periodo de investigación, anterior a la averiguación previa misma, de ser así ¿Sobre que bases legítimas se da inicio a este periodo? El que la delación no tenga por sí sola, valor probatorio dentro del proceso, no absuelve de su evidente carácter inquisitivo.

Tomando sólo lo referente al Derecho a la intimidad, nos encontramos que la L.F.D.O. surge del compromiso adquirido en la "Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas" (Diciembre de 1988), por tal razón, podemos señalar que la raíz que da origen a la citada ley, lo es el fenómeno del narcotráfico como la especie más relevante de la llamada delincuencia organizada.

En su exposición de motivos la L.F.D.O. argumenta que la lucha eficiente contra la delincuencia organizada es un presupuesto necesario para fortalecer al Estado de Derecho y al respeto a los Derechos humanos en México...La especialidad del combate al fenómeno criminal organizado exige considerar ciertas excepciones controladas por el Poder Judicial, a la aplicación de las Garantías individuales....Debe considerarse la conveniencia de intervenir comunicaciones privadas e investigar electrónicamente la privacidad de los sujetos sospechosos de participar en la delincuencia organizada. (subrayado del autor).

Estas excepciones a un régimen Garantista encontraron eco en la Reforma de 1996 al artículo 16 Constitucional, la cual permite la intervención de las comunicaciones privadas por autorización de un Juez Federal y a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente. Lo anterior sólo es el preámbulo para una serie de constante violaciones a un sistema Garantista y discordantes con un Estado democrático de Derecho.

La L.F.D.O. en su artículo 16 señala como una de las obligaciones al Ministerio Público para solicitar la intervención de comunicaciones, el aportar los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada, además de referir los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretendan probar con la intervención de las comunicaciones, esta petición será resuelta por el Juez federal en un plazo de 12 horas. y tomando en cuenta la existencia de estos

indicios (art. 18 L.F.D.O.). Como puede observarse, la invasión a la esfera privada se sustenta por indicios, situación que implica un amplio margen de discrecionalidad de parte de la representación social y que es avalada por el Poder Judicial al momento de otorgar la autorización. Lo más grave se encuentra en el hecho de que la justificación a un régimen de excepción respecto a la Garantía sobre la intimidad se encuentra en indicios, y no en elementos reales que acrediten la participación en la delincuencia organizada.

La ley en cita establece la posibilidad de prórroga (art. 18) de la intervención hasta por un período de seis meses, transcurrido ese tiempo, el Ministerio Público deberá acreditar de nueva cuenta la necesidad de la intervención de las comunicaciones. El principio de certeza jurídica se encuentra totalmente transgredido, ya que si bien es cierto que existe un plazo máximo de autorización de la intervención, también lo es la posibilidad de ampliarlo cuantas veces sea necesario, siempre y cuando se justifique con nuevos elementos. Si consideramos que los indicios iniciales dieron pauta a la primera autorización, podemos señalar que las prórrogas serán autorizadas sin problema alguno, lo que puede implicar una indefinida violación a la privacidad.

El artículo 20 de la L.F.D.O. permite que las imágenes de vídeo que se estimen convenientes podrán ser convertidas a imágenes fijas. Lo anterior resulta relevante si consideramos que la Constitución (art. 16) sólo permite la intervención de comunicaciones y no la grabación filmica de la vida privada de los gobernados; ésto implica una extralimitación de la ley en cita, con el mecanismo de excepción configurado en la Carta Magna.

Otra situación de extralimitación lo constituyen las Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal (1996), motivadas por la L.F.D.O., donde se permite la autorización de intervención de comunicaciones privadas por parte del titular del Ministerio Público de alguna entidad federativa, si se trata de delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores. Esta situación va más allá de los tipos penales que la propia L.F.D.O. en su artículo 2, establece como delincuencia organizada, ya que no se encuentra considerado el homicidio dentro del catálogo en cita, situación que permite al ámbito local ir más allá de que lo se considera delincuencia organizada en la legislación especial y por tal, amplía el margen de violación al Derecho a la intimidad. Todo lo enunciado anteriormente, permite ver como la simple vulneración a un Derecho como lo es el de la intimidad, que se expresaba en nuestra Carta Magna como una Garantía,

puede ser la puerta de entrada para una serie de transgresiones a otros Derechos, Garantías y principios rectores del Derecho penal.

Por su parte el artículo 17 Constitucional, establece cinco Garantías que sirven de fundamento a la administración de justicia en México, que son: 1) la prohibición de la autotutela o de "hacerse justicia por mano propia"; 2) el Derecho a la tutela jurisdiccional; 3) la abolición de las costas judiciales; 4) la independencia judicial, y 5) la prohibición de prisión por deudas de carácter civil. Todas estas Garantías se dirigen a asegurar condiciones para que el Estado, a través de Tribunales independientes e imparciales, imparta justicia conforme a Derecho, por lo que podemos afirmar que forman parte esencial de la Garantía de justicia.

La imparcialidad es una condición esencial que deben satisfacer las personas que como Jueces, Magistrados o Ministros, tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, y consiste en el deber de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en litigio, y de dirigir y resolver el proceso sin favorecer a ninguna de ellas, con toda razón Calamandrei señala que: "históricamente la cualidad preponderante del Juez, desde su primera aparición en los albores de la humanidad, es la imparcialidad. El Juez es un tercero extraño a la contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero *inter partes*, o mejor dicho *supra partes*"¹⁰

Pero el Derecho a la tutela jurisdiccional no queda plenamente satisfecho si se limita a garantizar el acceso a los Tribunales y a establecer las condiciones que aseguren un proceso justo y razonable, en el que las resoluciones se emitan de manera pronta, completa e imparcial; pues si la tutela jurisdiccional llegara solo a la sentencia, el Derecho declarado en ella será una simple promesa para la parte a la que se concedió la razón y una mera recomendación para la otra parte, carente de eficacia jurídica; para satisfacer el Derecho a la tutela jurisdiccional, es preciso que las leyes procesales y de ejecución establezcan los medios adecuados para que la parte que obtuvo la razón pueda lograr que se ejecute efectivamente la sentencia, es decir, para lograr la plena ejecución de las determinaciones judiciales. La independencia judicial solo puede desarrollarse plenamente en un sistema político democrático, que no solo se sustente en el sufragio libre de sus ciudadanos, sino además se articule bajo el principio de la división de poderes, en su sentido negativo, este principio tiene como finalidad esencial evitar la concentración del poder político en un solo individuo o en un

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Traducción de Héctor Fix Zamudio, Editorial EJE, Buenos Aires, Argentina, 1960. Pág. 60.

solo órgano del Estado; y en su sentido afirmativo, debe conducir a un sistema de frenos y contrafrenos en las actividades de los poderes del Estado, que permita controlar los abusos de poder. Este orden institucional comprende, por una parte, a todo el conjunto de los juzgadores que integran o deben integrar el Poder Judicial respecto de los demás poderes. A la clara separación del Poder Judicial respecto de los demás poderes, es a lo que se llama independencia judicial orgánica, pero éste orden institucional también incluye al conjunto de condiciones que permiten a cada juzgador ejercer su función de manera independiente; a estas condiciones se les denomina independencia judicial funcional, misma que se ve reducida o nulificada cuando la L.F.D.O. está comprometiendo de antemano que el juzgador aplique beneficios a los “colaboradores” del M.P.F., cuando haya que dictar sentencia. Por otro lado también impone a las autoridades ejecutoras de la sanción que ya ha sido impuesta, a que también reduzcan éstas, en clara contraposición con lo prescrito por la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. En cuanto a los Derechos que consigna el artículo 20 Constitucional, una violación al principio de contradicción que es pilar del debido proceso, y de la Garantía de defensa, pese a la extravagante previsión por parte de la L.F.D.O. en el sentido de las delaciones, la protección de las comunicaciones entre una persona y su defensor rige desde que hay denuncia o querrela en su contra y hasta que se produce la libertad absoluta de éste, sea en la averiguación, el proceso o la ejecución; incluso considero pertinente sostener que la norma protectora de este Derecho a la intimidad y a la defensa, debe operar inclusive cuando todavía no hay denuncia o querrela, pero el infractor establece contacto con su asesor legal para prepararse frente a una posible o probable persecución penal en su contra. Otro agravio a este artículo, lo conforma el artículo 23 de la L.F.D.O., donde se señala que durante el proceso el Juez de Distrito pondrá las cintas a disposición del inculpado, para que en el plazo de diez días manifieste lo que a su Derecho proceda, esta situación impide que el investigado a quien se le vulneró su Derecho a la intimidad, pueda establecer una defensa adecuada en la fase de la averiguación previa, ya que carece del acceso a la información que permitió su consignación y es sólo hasta el proceso penal, cuando se le permite conocer los elementos de su vida privada que ayudaron al Ministerio Público a fincarle probable responsabilidad de ser parte de la delincuencia organizada.

Por su parte el artículo 21 Constitucional, inicia delimitando que la imposición de la penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; y por otra parte provee el marco del monopolio de la investigación y persecución de los delitos que

corresponde al Ministerio Público, por último valida la actuación de los tres niveles del Estado para ejercer la función de la seguridad pública; la aplicación de las disposiciones contenidas en la L.F.D.O. suscita la invasión de la esfera jurisdiccional, por parte de la Procuraduría General de la República, en atención a que es ésta institución, quién negocia con el delincuente y el Juez se ve influenciado por el convenio realizado entre ellos, de lo que se deduce que no se respeta entonces la Garantía preestablecida en cuanto a la delimitación de funciones a que hace referencia el artículo Constitucional en comento.

A propósito de la persecución penal de la delincuencia organizada como delito autónomo, por una parte, y de los restantes delitos cometidos por los miembros de la organización delictiva, por la otra, que implican acumulación de cargos y sanciones, surge un problema que debe ser considerado cuidadosamente. Incurrir en delito quien participa en una organización delictiva constituida como lo prevé el artículo 2 L.F.D.O. También delinque si duda, quien toma parte en cualquiera de los delitos perpetrados por los sujetos que se organizan con esa finalidad ilícita; ahora bien, a mi juicio se está sancionando a un sujeto dos veces por un mismo hecho, con la violación al principio *ne bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito), consagrado constitucionalmente en el artículo 23.

4.3. LA POLITICA CRIMINAL Y LA LEY.

La Política Criminológica, es para Franz Von Liszt, la disciplina que se ocupa de las formas o medios a poner en práctica por el Estado para una eficaz lucha contra el delito, auxiliándose por la criminología y la penología como ramas de la ciencia criminal que se ocupan una del estudio de los factores del crimen y su desarrollo, y la otra del estudio de la reacción social o castigo del delincuente, acepción que acepto como propia en virtud de su elocuencia y sencillez, en aras de hacer más asimilable dicho proceso. Desde los positivistas, la entonces denominada Política Criminal, había perdido fuerza como tendencia doctrinaria o como tesis fundante de una Escuela, e incluso ni siquiera se le aceptó en el restringido ámbito de ser mero criterio orientador de la legislación penal. Desde principios del siglo pasado y en los trabajos de redacción del Código Penal Mexicano de 1931, se ha concebido a **la Política criminal como un conjunto pragmático y bien sistematizado de normas, procedimientos, objetivos, metas, estrategias y medidas de diversa naturaleza, que asume el Estado, fundado en los requerimientos y demandas sociales, para prevenir, perseguir y en su caso, eliminar la actividad delincencial.**

Con el paso del tiempo, se han ido perfeccionando los diversos sistemas penales en el mundo, para ello la legislación se ha auxiliado de algunas otras ciencias o ramas de éstas, la política criminal se ha ido convirtiendo en el punto clave de reunión de todas las ciencias penales, y ha evolucionado notablemente en su concepto, ya que de ser una simple técnica para mejor legislar, se ha transformado en un instrumento de cambio social que busca romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores, buscando dirigir todo hacia una resultante: la justicia social.¹¹ La Política Criminal es concebida como una teoría general de la prevención, y se ha transformado en el puente que une a todas las ciencias penales, ya que indica el camino a seguir, o nos muestra las posibilidades reales de aplicación de cada una de las materias. En éste momento nos interesa principalmente en cuanto a la creación de leyes que sean acordes y efectivas a la realidad social, es decir, en cuanto a la efectividad de las figuras que se integren al sistema penal, misma que debe traducirse en mejores resultados tanto en la prevención del delito, tanto como en la procuración e impartición de la justicia en el país, esto es, el Estado Mexicano comprende que la actividad antisocial proviene de innumerables causas, pero todas de índole social, económica o cultural y que su tratamiento

¹¹ LIMA MALVIDO, María de la Luz. La Política Criminal. Edit. U.N.A.M., México, 1977.

relega al último lugar a la represión, en una bien entendida aplicación al principio rector de las ciencias penales: el de mínima intervención; de ninguna manera se posterga al *ius puniendi* del Estado, pero se le dimensiona con precisión, para darle privilegio a las tareas preventivas. Sin embargo, en el mundo se ha cuestionado el éxito de las diversas políticas que en esta materia se han aplicado en los distintos países y distintas épocas; América Latina y México en particular no son la excepción, y por el contrario, han cometido errores legislativos, verbi gracia la L.F.D.O., donde la ausencia de una adecuada política criminal puede generar a la hora de la aplicación una marcha atrás, que siempre será frustrante, degradante e indeseable. Se ha denunciado constantemente el desfase dramático que suele darse entre la política y norma vigente, entre norma y realidad, entre lo que se dice o se pretende y lo que se hace o resulta, entre el modelo que ofrece el Estado y el modelo que se aplica cotidianamente. El marco Constitucional que nos rige, previene un amplio régimen de libertades públicas, de Garantías fundamentales y procesales claras y bien definidas, no obstante, en nuestra historia de la persecución de delitos, no es dable negar que han surgido de vez en vez, regímenes de excepción que han derivado a su vez en abusos y excesos lamentables y que han sabido coexistir con las normas Constitucionales. Una vez atendido el marco legal e histórico que se proporciono en capítulos precedentes, podemos deducir que nuestro Derecho Penal es evidentemente de corte liberal, basado en la Garantía de legalidad, que ha ido perdiendo sentido, cada que se ponen en vigencia normas hechas "al ahí se va", surgidas del espasmo social, equivocadas, ambiguas o confusas, que nos arrojan a un régimen jurídico inconfiable o inseguro, provocador de reducciones graves a la equidad y justicia que deben revestir dichas disposiciones penales. Nuestra presunción de inocencia, tan elocuentemente llevada al primer plano de las deliberaciones nacionales y nuestro proceso penal tan finamente dotado de Garantías, terminan por sucumbir ante la sola idea de privar al Defensor de su Derecho a conocer en plenitud, los elementos que incriminan a su cliente y lo que es más, a coartar el Derecho del procesado a conocer la identidad de las personas que lo incriminan, como es el caso de la aplicación de la figura del testigo protegido. La administración Pública mexicana ha desarrollado notablemente aunque aún es insuficiente, sus estructuras, fundamentos y concepciones durante los últimos 20 años. Existen sectores del Gobierno federal, con niveles de organización y eficiencia, que pueden competir o compararse a niveles internacionales; no hay por tanto, razones para considerar que los cuadros y organizaciones gubernamentales dedicadas a la función legislativa, seguridad pública, investigación del delito y

procuración e impartición de justicia no puedan alcanzar esos niveles de desarrollo y eficiencia de competitividad internacional, aspirando a la excelencia, misma que se vería reflejada en una disminución y quizás abatimiento de la delincuencia. La justicia, la seguridad Pública y sobre todo la investigación criminal, no son quehaceres públicos que se puedan cumplir intramuros, en la intimidad de un cubículo; por el contrario, son funciones que por su naturaleza viven y conviven con el pueblo y la realidad, en ejercicio cotidiano de la democracia plural y auténtica, es decir, sin autoritarismo de Estado, ni reducción de Garantías, en mi parecer no puede ser de otra manera.

Si bien, este intento de abordar temas que nos preocupan hoy en día, tales como la eficacia y concordancia de la ley ante la delincuencia organizada, implica sin duda alguna, tratar otros relacionados con la prevención y combate al delito, así como el tratamiento del delincuente, sin embargo, es de resaltar que todo ello debe tenerlo presente el legislador al edificar la legislación que normará la vida del sistema penal mexicano, en su labor debe dejar a un lado las actitudes partidistas o de grupo, y tener como principio y fin una política criminal adecuada al entorno de la vida y la cultura jurídica nacionales, como políticas que emprende el Estado moderno dentro de sus responsabilidades y atribuciones, al lado de otras como la política económica, educativa, de bienestar social o la sanitaria, teniendo en cuenta que sin una normativa jurídica profesionalmente dirigida es imposible diseñar acciones de trazo social encaminadas al combate efectivo contra el crimen organizado. Así debemos asociar Política y Derecho como dos caras de una misma moneda, pues no podemos concebir a dichas disciplinas disasociadas; tan es así que de su trabajo conjunto no podemos obtener sino más anchas libertades, una enriquecida democracia y una justicia cabal pronta y expedita como reza el corolario. Solo en la Política encuentra el Derecho sustento y viabilidad, solo en el Derecho encuentra la política rumbo y ritmo, por eso se ha afirmado que política sin Derecho es como navegar sin brújula, y Derecho sin Política es como navegar sin agua.

Resulta innegable que para emprender el diseño e implantación de una política criminal viable y moderna, es necesario inscribirla en el ejercicio eficiente del *Ius puniendi* a cargo del Estado, de la observancia y respeto de los Derechos humanos así como de las Garantías Constitucionales, tarea a cargo de las autoridades competentes y bajo el control social de la propia comunidad. Es necesario recordar que a partir de las grandes declaraciones de Derechos del Hombre, en la era moderna, existen conjuntos normativos que dan cabida a

Derechos, que el pueblo quita al soberano o que éste cede y que resultan intocables, perennes e irrenunciables, tal es el caso de los Derechos inherentes al proceso penal mexicano. La política criminal y el sistema jurídico penal lejos de transitar por distintos caminos, deben hacerlo unidos, pues no se puede pensar en una teoría del delito que no tenga consecuencias jurídicas, que a su vez, deben originarse en criterios y directrices político-criminales. Característica del Derecho penal es la sanción, la pena consecuencia jurídica del delito; de ahí que la dogmática penal debe estar orientada político-criminalmente por los principios rectores de una teoría de la pena.

El mejor medio para evitar que una conducta delictuosa atribuible a algún autor se repita, es lograr que la misma no quede impune. El combate a la impunidad resulta ser el instrumento ideal para prevenir la comisión de ilícitos penales. La moderna lucha contra la criminalidad implica un esfuerzo conjunto de sociedad y gobierno, que no puede solo quedarse en la actividad de obtención de información por los medios que sean; hoy en día se requiere emprender la utilización de varios medios modernos sí, pero por encima de todo eficientes, que a partir del conocimiento de la delincuencia organizada imperante y de realizar un esfuerzo serio y objetivo de diagnóstico de las instituciones públicas, legales y sociales vigentes, permita un trabajo eficaz que logre tres objetivos básicos: la disminución de los índices delictivos, el combate eficaz a la impunidad, y el rescate de la confianza ciudadana en sus instituciones, que se encuentra en déficit.

Para el diseño y modificación de nuestro sistema legal, el trabajo legislativo debe estar estrechamente vinculado con la política criminal, y encaminado a la comprensión del Derecho penal sustantivo y adjetivo, procurando visiones de conjunto de éstos, para sugerir o apuntar posibles soluciones contemporáneas, que ayuden a eficientar los actuales instrumentos de lucha contra el delito, y crear algunos otros solo si es necesario y éstos no van en contra de la esencia constitucional, y dirigir mejores esfuerzos en cuanto a la prevención del delito, el abatimiento de la impunidad, que den eficacia y credibilidad por su transparencia y rapidez a las autoridades investigadoras y a la función jurisdiccional

La L.F.D.O. es muestra clara de legislaciones de excepción, que bajo la justificación de protección a un Derecho difuso, amplían el nivel de vulnerabilidad de los gobernados con respecto al poder del Estado. En este sentido, el principio de estricta legalidad se disemina ante el principio de oportunidad contrarrestando los fines del Estado democrático y del Derecho moderno.

4.3.1. LOGISTICA Y EFICACIA DE LA INVESTIGACION CRIMINAL.

La investigación estrictamente técnica, rechaza la aventura especulativa del empirismo jurídico que desdeña y desestima la irrefutable demostración del razonamiento. De ahí la necesidad de aclarar debidamente las cuestiones procesales con prudente amplitud de criterio, a fin de colocarlas en la esfera inmediata de las decisiones del órgano jurisdiccional, sin atropellar los dominios de la razón y así poder descubrir las exigencias de la justicia y evitar contraposiciones. Aparece en el proceso una serie de vinculaciones en múltiples formas, que dan unidad de orden por imperatividad normativa y equilibran y limitan mutuamente Derechos y obligaciones. La totalidad de las actuaciones en el proceso practicadas por el Juez, deben caracterizarse por su claridad, distinguirse por su precisión, destacarse por su autenticidad en el dato, y sobresalir por la exactitud, tanto en el fondo como en lo circunstancial. Deberá haber brevedad en su expresión y en todo cuanto contribuya con el conveniente sistema para enjuiciar, desechando fórmulas rutinarias y el engorro burocrático, para abrir paso a la celeridad que la ley procesal y la Constitución General de la República exigen, y así aligerar la violenta situación moral en que se encuentra el procesado cuando ingresa en el palenque del proceso, pero siempre bajo la protección jurídica, la diligencia y celo de la ley como algo esencial del proceso y como absoluto ideal, mientras termina el conflicto y se resuelve sobre el *thema decidendum* (controversia).

Ha efecto de evidenciar la crítica y deficiente situación que actualmente guarda la investigación criminal en México, así como la pérdida de la confianza de la población en los cuerpos policíacos y de investigación, vale citar un sonado caso que ocupó las principales planas de los periódicos nacionales hacia la primera mitad del año 2001, mismo que se relaciona con el secuestro y homicidio en Tepoztlán, Morelos, de una joven de 25 años de nombre Paola Gallo, historia en la que el padre de la víctima de nombre Eduardo Gallo impulsado por la inmovilidad de los órganos de procuración de justicia, se abocó a la investigación del delito cometido en agravio de su hija, y al cabo de un tiempo de pesquisas particulares, logró la captura del asesino, siendo que esta labor de investigación debió haber sido realizada por los órganos del Estado que tienen esas facultades. En una entrevista realizada por el periodista Oscar Vladimir Martínez,¹² el Sr. Eduardo Gallo rechaza categóricamente haber

¹² SUPLEMENTO ENFOQUE, del periódico "REFORMA" de fecha 05 de Agosto de 2001.

utilizado algún tipo de tecnología: "Nada de eso. Nada tiene que ver con intervención de números ni de llamadas". Asegura que la investigación no le ha costado un solo peso: "Me ha costado poder poner un puesto de naranjas para estar bien camuflajeado. Fué una investigación hecha con creatividad, no con dinero ni con tecnología sofisticada, platique con personas afectadas. Diría que el 70% de la información salió del expediente y de hablar con la gente, preguntando, oyendo y observando". Después ésta persona interpuso una demanda penal contra funcionarios de Morelos por obstrucción de la justicia e incumplimiento de función pública, y al referirse al tema menciona: "No creo en la estupidez, en la ignorancia de los funcionarios, si asumieron los cargos que detentaban con las correspondientes responsabilidades, tenían la capacidad para hacerlo, ahí no se puede alegar ignorancia o estupidez. Ahí la omisión debe ser sancionada, por que implicó un daño que entorpeció la acción de la justicia que provocó proteger a los delincuentes de adentro y de fuera. Yo no me puedo convertir en delincuente porque llegó un pinche Procurador pendejo e ineficiente que no supo manejar su procuraduría" (Me excuso, si acaso resulta inapropiado citar en esta disertación dichas palabras, sin embargo, lo he creído imprescindible a efecto de ilustrar la crudeza de un drama penal que pudo quedar impune por culpa de las instituciones que en teoría debieron resolver dichos casos), ya lo decía Carrára de manera elegante "*El individuo tiene Derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes*". En este orden de ideas, se evidencia que en México, casi no existe una investigación criminal profesionalizada, los casos que se resuelven en su mayoría son por casualidad y no porque el investigador ahonde en las pesquisas y razone las situaciones de manera lógica y ordenada.

La investigación criminal, es el instrumento técnico por el cual, el responsable de la misma que es el Ministerio público y sus auxiliares, pueden descubrir los hechos necesarios y suficientes para poder perseguir los delitos y a sus autores con eficacia y dentro del marco legal existente. Su ingrediente fundamental es la información que en su manejo debe responder a un proceso lógico y que consta de varias fases, a saber: recopilación, ordenación, clasificación, sistematización discriminación y conclusiones. El trabajo de investigación debe ser reactivo, esto es, que al organizarse y sofisticarse la delincuencia, la investigación, en cuanto a su capacidad de respuesta, ha de fortalecerse y organizarse mejor.

Resulta de especial importancia para los fines de mi tesitura, incorporar algunas consideraciones en torno a la actualidad mexicana en materia de prevención y combate al delito, en el seno mismo de la realidad criminológica que nos

circunda y del marco que le da sustento y concepto. Para quienes hemos tenido el privilegio de estar en ambas trincheras, es decir, vivido y padecido, tanto al interior de las instituciones de procuración de justicia, como en el ejercicio de la importante labor y noble función de la asistencia jurídica a los indiciados y procesados, nos queda claro que en los últimos 10 años, la delincuencia ha incrementado su capacidad lesiva, y que ahora resulta más inteligente y sofisticada su operación, más aún que las instituciones y órganos encargados de combatirla y prevenirla, se han rezagado en su capacidad de respuesta, por deficiencias tanto en lo material como en lo intelectual y estructural, incluso se han delimitado atribuciones y el marco legal que rige la materia, se ha desbalanceado y alejado de las necesidades que reclama la sociedad. La investigación pertinente y adecuada, además de eficaz, respecto de los delitos cometidos por la delincuencia organizada en el seno de una comunidad social determinada, constituye hoy día, el principal objetivo de las diversas instituciones públicas dedicadas a la importante tarea de procurar la justicia y abatir la criminalidad. Si bien los trabajos de las ciencias penales se han volcado acertadamente en el afán de prevención del delito, ello no es bastante para lograr la disminución de éstos, es necesario además, fortalecer los sistemas de investigación, darles profesionalismo, destreza y eficacia a los recursos materiales. El objetivo del investigador criminal, es la búsqueda y obtención de pruebas que vinculen a un hecho delictivo con quien lo realiza, y para tal efecto el investigador solo puede utilizar con fines intrusivos los medios legales establecidos en la ley, es decir, usamos en nuestro país un sistema legalista.

Ante el reciente suceso político nacional, particularmente con la elección presidencial del año 2000, se ha evidenciado que dentro de las Instituciones dedicadas a la investigación de los delitos relacionados con la delincuencia organizada, ha existido a la largo de la historia próxima, un sinnúmero de ineficiencias e ineficacias ahora reconocidas por el propio General Rafael Macedo de la Concha, Procurador General de la República, quizá esto constituya el primer paso para comenzar a construir sobre bases sólidas, un sistema de investigación acorde con la evolución y sofisticación de la acción de la delincuencia organizada, y lograr de alguna forma una investigación profunda y eficaz de los delitos. Si bien, abusos y desvíos de los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial, originados en la improvisación del personal y el rezago institucional que por décadas padecieron, motivaron desconfianza y temor entre la población. Lo primero que habrá que modificar es sin duda alguna, la manera en que se ha maquillado la falta de preparación del personal

tanto del Ministerio Público Federal como de sus auxiliares la Policía Judicial Federal y los Servicios Periciales, órganos básicos de la investigación criminal federal, toda vez que en la mayoría de los casos se han minimizado los fracasos e implementado formulas desatinadas y técnicas inacabadas de investigación que lejos de lograr su objetivo, generan mayor burocratización del sistema en perjuicio de una justicia pronta y expedita, generando en no pocas ocasiones que personas inocentes permanezcan en las cárceles y culpables en las calles, como ilustra el hecho de que al inicio de la presente administración se contaban 20,000 ordenes de aprehensión por cumplir a nivel nacional, desatino que perjudica gravemente la seguridad jurídica de que debe gozar todo gobernado. Ello no es culpa solo del personal referido, sino acaso en mayor medida del propio legislador, toda vez que al promulgar leyes al vapor sin estudiar a fondo sus consecuencias y optar por decisiones populistas, inspiradas más en corrientes ajenas a la dialéctica y actitudes improvisadas que en perfeccionar los resultados de la investigación haciéndolos más confiables. Perciera que actualmente el legislador al aprobar la L.F.D.O. con tal de "facilitar" una investigación penal, que solo está al alcance de los bien preparados; o bien para "acortar un esfuerzo" y así facilitar la tarea, resulta muy cómodo obtener a cualquier precio, que una persona quizá procesado, condenado o finalmente quién eventualmente pudiera ser procesado, acepte declarar contra otra persona que está siendo investigada, inculpándola de un cargo que el acusador público no está en posibilidad real de demostrar o que quizás le costaría "mucho esfuerzo" o "mucho ingenio", lo cuál solo proporciona una salida falsa y errónea al legitimar a los delincuentes que como testigos, aprovechan la oportunidad para a su vez, obtener beneficios personales, aunque ello represente falsear o manipular la verdad en el proceso penal, al que el acusador público desea fijar un cierto interés y sentido. Desde siempre se ha entendido la difícil tarea de investigación del Ministerio Público: si en presencia de muchos testigos una persona roba, lesiona o mata a otra, el acusador público poco tiene que investigar, así burocráticamente, hace constar el testimonio de esas personas que presenciaron el hecho, recibe detenido al autor o autores de los ilícitos, y todo ello lo consigna, incluyendo al indiciado o indiciados, y a los testimonios al Juez, a quien le compete procesar y juzgar de ellos. Pero que ante el acusador público-investigador se denuncien hechos altamente maquinados o complejos de investigar, comprobándosele al funcionario, que efectivamente si se realizaron los acontecimientos delictivos y que presuntivamente se reúnen los presupuestos típicos de un cierto delito con un grado de sofisticación mayor a los ordinariamente cometidos, como ejemplo, el narcotráfico, el lavado de dinero

producto de actividades ilícitas, secuestro o alguno otro similar, además de que proceda de inmediato con profesionalismo y eficacia a averiguar quien o quienes son los autores materiales o inspiradores de tales delitos, entonces obviamente su labor será de mayor complicación, en atención a que verdaderamente deberá de realizar sutiles acciones especializadas en un oficio propio solo de quien ha experimentado ampliamente la investigación de los ilícitos, que finalmente conducen a la reunión de evidencias con valor procesal que incriminan a los probables responsables. De ahí que los delitos más difíciles de investigar sean los que se atribuyen actualmente a la delincuencia organizada, en este caso es de mencionar que la L.F.D.O. abarca algunos de ellos pero no todos. Pero si intentándolo se puede "negociar" con alguien de buena o mala fe, para que acepte testimoniar ésa necesaria incriminación, sin que el investigador tenga otra cosa que hacer que culminar felizmente la negociación, respecto del testimonio incriminador, a muchos acusadores novatos o cínicos impreparados les satisface totalmente que se refiera a delitos cotidianos o complejos modernos. Y ése ejemplo facilitador es el que contemplamos como forma de manejar la lucha contra el crimen organizado, que nuestro país ha perseguido desesperadamente en los últimos tiempos, en los cuales las investigaciones y los procedimientos penales parecen haber caído en un bache difícil de superar, pero especialmente en el uso frecuente de "Testigos delincuentes preparados", mismo que motiva mi reflexión a lo largo del presente trabajo. Otra cuestión de no menor importancia es si una vez generado ése instrumento, sepan o no emplearlo los mecánicos del Estado.

Por otra parte a efecto de contrarrestar las deficiencias antes citadas, sugiero atender especialmente los siguientes aspectos:

EL PERFIL DEL INVESTIGADOR.- Para llevar a cabo un proceso de selección del personal que integrará los cuerpos de investigación, es necesario que éste se realice con el concurso de terceros, que mejor que sea el sector educativo quien realice las pruebas, exámenes y evaluaciones correspondientes en el proceso de reclutamiento y selección. Es por ello que se destaca la necesidad de que se realicen convenios de colaboración interinstitucional, pactando las instituciones educativas con las de investigación, para evaluar y seleccionar en su caso, a quienes obtengan mejores resultados en los exámenes y pruebas, de acuerdo con los parámetros que se establezcan, lo cuál representa acciones sin precedentes, tanto cualitativa como cuantitativamente para contribuir a un mecanismo riguroso de selección de personas que desempeñarán la importante función de Agentes del Ministerio Público, Peritos y Agentes de la

Policia Judicial y que cubran los requisitos técnicos, científicos, éticos, físicos y psicológicos que garanticen a la ciudadanía y al propio Estado que dichos servidores públicos de la Procuración de justicia, tienen las aptitudes y actitudes suficientes para cubrir su desempeño y se eviten así desviaciones, ineficiencias o abusos.

LA CAPACITACIÓN DEL INVESTIGADOR.- Los planes y programas de estudio, elementos fundamentales de la capacitación, deben asegurar la congruencia de los mismos, con las necesidades que en materia de investigación criminal se tengan, los cuales no pueden concebirse acertadamente, ni cumplirse en forma correcta si no buscan su objeto en las de carácter nacional y si no repercuten favorablemente en el entorno de esa misma sociedad, para después pensar en trascender al ámbito bilateral e internacional. Las actividades docentes en el área de capacitación consisten en una enseñanza aprendizaje continuos y constantes, se derivan en el ámbito metodológico los criterios didácticos, tanto en la relación con la adquisición de habilidades, conocimientos y actitudes, como en lo que se refiere a los medios que se utilizan, la relación entre la enseñanza teórica y la vinculación con las formas de la practica cotidiana, además de los procesos que a futuro se tengan contemplados. La función docente debe estar vinculada con las inquietudes y problemas reales de nuestro sistema legal, tiempo y sociedad.

El gran problema radica en el hecho de haber permitido la vulneración a la intimidad, creando una legislación que limita muchos de los Derechos y Garantías que han intentado perfilar un Estado democrático y de Derecho. La falsa justificación de la eficiencia en el combate a la delincuencia organizada, sólo ha abierto la puerta para continuar impulsando la mano dura del Estado en detrimento de los Derechos fundamentales. Como puede observarse a continuación, la diferencia estadística más amplia se encuentra en el período de 1994 a 1995 en que pasa de 7,011 personas detenidas a 9,549, en este tiempo no existía la L.F.D.O., la cual se promulgó en noviembre de 1996; para los años de 1997 a 1999, el número de detenidos ha sido menor al de 1996 y en ninguno de los casos ha presentado ese incremento amplio del 95 (sin L.F.D.O.). Esta situación refleja en valores absolutos la poca efectividad que la legislación de excepción a producido.

Este tipo de leyes muestran de manera clara el nivel político, reflejado en el sistema jurídico de nuestro País; tal vez, algún día estaremos en el mismo nivel de discusión de los eventos que importan en el ámbito mundial del llamado

primer mundo, sólo tal vez, cuando dejemos de pensar en soluciones cómodas como guía de nuestras política públicas. ¿Avanzamos o retrocedemos?

Otra de las deficiencias evidentes que se dan en la investigación y persecución de los grupos criminales, es la que se relaciona con la falta de elementos de inteligencia y colaboración entre las instituciones de seguridad Pública, no solo entre las pertenecientes a las diversas entidades Federativas, sino incluso entre los propios cuerpos Federales, tal es el caso de la Policía Federal Preventiva (P.F.P.), el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), y la Procuraduría General de la República, toda vez que no existe un manual de atribuciones y colaboración entre ellas, así también carecen de bancos de datos y de métodos de evaluación y estadística que transparenten su actuación y efectividad. La Comisión de Seguridad Pública del Senado en el sexenio pasado, que presidió el panista Francisco Molina Ruiz, ofreció analizar un proyecto para que la Policía Federal Preventiva pueda infiltrarse dentro de las estructuras delincuenciales, dada la necesidad planteada por el anterior Comisionado de la Policía Federal Preventiva (P.F.P.), Wilfrido Robledo, de ampliar el marco de acción de esta organización para obtener mejores resultados en el combate a la delincuencia. El senador indicó que se pediría a la Comisión Permanente que hiciera un planteamiento de iniciativa al respecto y corresponderá a la presente Legislatura privilegiarlo. Este problema tan sensible, dijo Molina, lo ejemplificó el Comisionado cuando comentó que para encontrar droga, como no se tiene una estructura de esta naturaleza, tienen que revisar todos los vehículos para ver dónde se encuentra; en lugar de que, derivado de una investigación, se vaya más directamente.

De esta manera, "no existe a favor de la P.F.P. una forma o proyecto que permita hacerlo. El Comisionado plantea hoy la necesidad y hay que atenderla, desde el punto de vista legal, porque esta figura solamente subyace dentro de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuya competencia pertenece al Jefe de la Unidad contra la Delincuencia Organizada, dependiente de la P.G.R.; o bien al mismo Procurador. Necesitamos ampliar ese marco de acción para que no se constriña a la P.F.P. en el área de inteligencia criminal". Durante la reunión del Contraalmirante Robledo con la Comisión de Seguridad Pública, Molina Ruiz subrayó que luego de tres meses de haber sido convocado finalmente este encuentro se pudo realizar, el cual no se trata de un enjuiciamiento, sino de un intercambio para que a través de la experiencia de los encargados de la seguridad, el Legislativo verifique los efectos de las leyes que aprueba en contra de la delincuencia; es decir, si realmente está cumpliendo su tarea.

4.3.2. NECESIDAD DE PROTEGER A LAS PERSONAS EN UN PROCESO.

Es deber del Estado impartir justicia, sin duda una de las manifestaciones de ésta obligación implica proteger a quienes intervienen en un procedimiento penal (como en cualquier otro por supuesto), pudiendo tratarse de denunciantes o querellantes, los investigadores y juzgadores, los testigos y peritos y por supuesto el propio ofendido que presenta una declaración de cargo. El Estado se halla obligado por la ley a proteger a todos los ciudadanos contra agresiones injustas; esta tutela se expresa en una variedad de medidas públicas sustentadas en la idea, o mejor dicho en la Garantía de "seguridad", la existencia de corporaciones de seguridad llámense Municipales, Estatales o Federales, especialmente y a últimas fechas la Policía Federal Preventiva debe servir a éste objetivo. La reforma de 1994 al artículo 21 Constitucional se refiere a la seguridad pública como función de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, es decir, si nos atenemos al concepto de Estado Mexicano bajo el artículo 3o. de la Ley fundamental, que se refiere con otras palabras a la función educativa del Estado, mencionado con la invocación de los tres niveles o planos de Gobierno. En mi opinión sería útil que el texto Constitucional se refiriese al Derecho de los habitantes de la República a contar con adecuadas condiciones de seguridad pública, al menos como lo hace al referirse a la protección de la salud en el artículo 4º.; tal vez al legislador le haya parecido excesivo ser más explícito al respecto, sin embargo, es claro que las funciones del Estado se ejercen con respecto a los individuos, destinatarios de la actuación estatal; la obligación pública de crear condiciones de seguridad, que tienen que ver con la eficacia de las acciones de prevención, así como de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, inciden directamente en los particulares, que las requieren para su vida y desarrollo, aunque eventualmente como participantes directos en el procedimiento. Cabe distinguir entre las condiciones de seguridad que bastan para la mayoría de las personas, en relación con los intereses y relaciones ordinarias, y aquéllas otras que tienen características especiales, en función del riesgo al que se hallan expuestas algunas de ellas por virtud de las actividades que realizan, de sus antecedentes o de la dignidad que ostentan, o determinados intereses jurídicos y relaciones interpersonales, hecho que está ampliamente acreditado por la experiencia que refleja la práctica de la justicia en un país como México. La tutela ordinaria que proporciona el Estado puede resultar insuficiente en el caso de personas envueltas en un procedimiento penal, sobre todo si éste involucra a delincuentes

peligrosos. Aquí se trata de un procedimiento enderezado contra una persona a la que se supone infractora de la Ley, pendiente de que se acredite plenamente su responsabilidad penal y se le aplique una sanción más o menos severa. Por ello es razonable suponer que el inculpado pudiera reaccionar contra los participantes o incluso contra terceros ajenos al proceso para obtener la exoneración o la moderación de la condena; se valdría de la amenaza o la promesa; en ambos casos querría alejar los datos que lo inculpan y evitar la condena que le toca. Tal y como sucedió en el caso del Sr. Rodolfo Benítez Figueroa, un empleado municipal que se animó a vencer el miedo y denunció ante el Gobernador morelense las actividades de narcotráfico en su comunidad el 19 de septiembre de 1998. Investigó a solicitud de la P.G.R. y en cuatro días integró un informe con fotos, mapas, nombres y hábitos de los sospechosos, mismos que fueron detenidos y consignados. En las diligencias judiciales, el trabajador municipal fué citado a un careo, en donde la defensa de los presuntos narcotraficantes lo amenazó y exigió retractarse de la denuncia, por ello Benítez solicitó protección para él y para su familia y responsabilizó a los inculpados de lo que pudiera sucederles, no obstante nunca recibió protección de las autoridades. Fué asesinado el 15 de marzo de 2000, quiénes lo conocieron resumen así la suerte de Rodolfo Benítez: "Denunció y no lo protegieron, investigó y nunca lo ayudaron, lo mataron y el crimen quedó impune".

4.3.3. ELEMENTOS DE LA PROTECCION.

Las sociedades modernas, en la medida que miran a los altos niveles de civilización como meta suprema e ideal a alcanzar, que supone bienestar político, social y económico, y con ello, el pleno desarrollo de los pueblos e individuos, se acercan, o pretenden hacerlo, con mayor o menor éxito a ésa preocupación contenida dentro de los llamados Derechos del hombre o Garantías del ciudadano frente a obligaciones del Estado de dar o hacer, y es precisamente ahí donde se encuadra la protección a las personas participantes dentro de un proceso penal, sin que ésto signifique la aceptación de un iusnaturalismo anacrónico, toda vez que en toda organización social y específicamente dentro de los procedimientos de que se cuenta en materia de procedimientos penales, debe existir un mínimo de Derechos que permitan su cabal y amplio desarrollo, no siempre agotado por el Derecho positivo como he evidenciado a lo largo de los razonamientos formulados anteriormente.

Aún con la creación en México de la L.F.D.O., nuestro sistema cautelar procesal no cuenta con suficientes medidas destinadas a proteger a los participantes en un juicio del orden criminal, da origen a algunas aunque también se apliquen a obtener otros fines interesantes, y no necesariamente para el buen éxito del procedimiento, tal es el caso de los abordados colaboradores para la consignación de integrantes de alguna organización criminal. Esta medida atiende a diversos propósitos, uno de los cuales es la detención de personas con fines de investigación, objetivo generalmente señalado al justificar una forma de privación de libertad ya de por sí cuestionable y que lo ha sido siempre sin que se haya logrado la manera de sustituirla, pues afecta a una persona contra la que todavía no existe resolución formal de culpabilidad, esto es, sentencia condenatoria, y el Ministerio Público por sí mismo no ha obtenido los suficientes elementos para consignarlo. La L.F.D.O. ha tomado nota de esta necesidad, por ello previene "protección y apoyo suficientes (es decir adecuados a las circunstancias) a jueces, peritos testigos, víctimas, y demás personas" que intervengan en el procedimiento (artículo 34). Esta disposición solamente subraya un deber natural del Estado frente a los ciudadanos en general y a ciertos ciudadanos en particular, los vulnerables por su participación en el procedimiento. Si se juzgaba decirlo explícitamente en la Ley, habría sido conveniente incorporarlo además en la propia Constitución -como se hizo notar con anterioridad,- en el ordenamiento procesal ordinario, y no apenas en el reservado a los asuntos de delincuencia organizada, sobra decir que el riesgo también se corre en algunos otros casos que no están contemplados en la L.F.D.O. En concepto del dictamen senatorial, la aplicación de esta medida deja de estar sujeta a la discrecionalidad de la Procuraduría General de la República, pasando a ser una obligación de la misma. Dado que la protección de todas estas personas, siendo ésta una consideración acertada, deducida del deber público de amparar la seguridad de los individuos, deber que destaca más todavía cuando aquéllos ven en mayor peligro sus bienes, precisamente en virtud de la asistencia que prestan para el debido desempeño de una función del propio Estado, en la especie administración de justicia.

Sin duda alguna la verdadera y eficaz protección a los participantes en un proceso penal debe proporcionarse por parte de las instituciones de seguridad pública, contra ataques o amenazas físicas o morales, no tanto como una forma o pretexto de manipularlos, que sería tanto como manipular la verdad y por ende cometer un delito para facilitar las investigaciones que por ineficiencia y falta de profesionalismo de los órganos de investigación y persecución no pueden llegar mediante sus funciones. Existen ejemplos dentro de los países de cultura no

Anglosajona, es decir, pertenecientes a nuestra cultura jurídica, sobre sistemas de protección de personas dentro del proceso penal, sirva de ejemplo la Ley Orgánica de Protección a Peritos y Testigos en Causas Criminales de España, expedida el 23 de diciembre de 1994, pero resulta bien claro que en ella la protección es en defensa de esos sujetos procesales que se ven expuestos a diversos peligros por declarar la verdad; o al menos "su" verdad. Por eso en el inciso 2 de su artículo 1, textualmente dispone: "Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley, será necesario que la Autoridad Judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o con sus ascendientes, descendientes o hermanos". En su artículo 2 se expresa cuales son las medidas de protección a) en las diligencias no constarán sus señas de identificación, pudiéndose utilizar en sustitución un número o cualquier otra clave; b) utilización de cualquier procedimiento que imposibilite la identificación visual normal del perito o testigo; y, c) que las citaciones o notificaciones se hagan a ellos en la sede del órgano judicial interviniente, el cual la hará llegar reservadamente a su destino. Por ello resulta atendible que siempre intervenga la autoridad judicial, y la apreciación final corresponda a ésta y no al Ministerio Fiscal, a quien por lo demás se le impone la obligación de "cooperar" para la efectividad de las medidas protectoras.

Desde 1998, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) ha instado a los países del área del Caribe para formular un programa viable de protección al testigo, al describirse los propósitos del programa se dice: "Como resultado de los actos de violencia contra las personas llamadas a presentarse como testigos en juicios penales acaecidos en varios países del área del Caribe en los últimos tiempos, se ha llegado a la conclusión de que es necesario introducir reformas legislativas a nivel nacional para mejorar la protección acordada a los testigos, así como establecer acuerdos regionales que posibiliten la cooperación entre los países en este aspecto".

Sólo se puede impartir una mejor justicia en materia de protección a las Garantías individuales, si se cuenta con una Ley de Amparo que sea acorde a las necesidades del país y que responda a la evolución de las relaciones sociales que los órganos del Poder Judicial de la Federación deben regular, nivelar y dirigir, en este orden de ideas, cabe citar lo dicho por el Generalísimo Morelos "Que todo el que se queje con justicia tenga un Tribunal que lo escuche, lo ampare y

lo defienda contra el arbitrario".¹³ Lo anterior quedó de manifiesto recientemente durante el primer día de trabajos del Congreso Nacional de Magistrados de Circuito, en el que se coincidió en la necesidad de contar con una nueva Ley de Amparo "que sirva de herramienta verdaderamente idónea para los juzgadores federales".

En las discusiones de varias mesas de trabajo, los magistrados resaltaron que la legislación en esta materia tiene una vigencia de medio siglo, tiempo en el que las relaciones jurídicas se han modificado palpablemente. "Las leyes del país -afirmaron-, en las que tienen que apoyarse los órganos jurisdiccionales federales para determinar si se han violado Garantías, han evolucionado; la propia Ley de Amparo ha sufrido innumerables reformas, adiciones y modificaciones, pero aún son insuficientes". Juzgadores de todo el país puntualizaron que cada modificación a una norma, implica cambiar también todas las que le son afines, lo que en ocasiones sólo se logra reformando varias instituciones relacionadas. Precisarón que en la expedición de la nueva norma jurídica habrán de tomarse en cuenta y discutirse ampliamente las modificaciones que ha sufrido la Constitución General de la República, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que resulten acordes a la nueva legislación.

Asimismo, se pronunciaron por analizar las tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.), sustentadas a últimas fechas y que han interpretado la propia Ley de Amparo, de manera distinta, a fin de decidir cuáles de esos criterios se deben transformar en normas legales incorporadas a la legislación, y estudiar la evolución de las relaciones sociales y económicas que deben regir la ley.

Durante el análisis y discusión del tema referente a la Ley de Amparo, varios de los más de 400 magistrados estuvieron de acuerdo en que las modificaciones a la Ley de Amparo sean discutidas ampliamente por la S.C.J.N., tomando en cuenta las opiniones de los Magistrados de Circuito y de los Jueces de Distrito. Al referirse al arraigo, la medida restrictiva de la libertad en el domicilio particular, hoteles o casas aseguradas, los magistrados de Circuito destacaron la necesidad de reformar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y el artículo 178 del Código Federal de Procedimientos Penales. Lo anterior, con el propósito de dar a la institución del arraigo un equilibrio entre el goce de las libertades fundamentales del ser humano, y el deber estatal de combatir la delincuencia y procurar y administrar justicia. Se consideró que el arraigo

¹³ DISCURSO del 07 de Marzo de 1815, en Ario de Rosales, Michoacán. Con motivo de la fundación del Primer Tribunal Supremo de Justicia de la Nación.

constituye una medida que lesiona las Garantías individuales del gobernado, la libertad de tránsito, la libertad personal y de trabajo, al tiempo que tiende a que el juzgador actúe arbitrariamente al apreciar los hechos y la conducta del afectado al momento en que decreta dicha medida. Por ello, se planteó que el arraigo sólo debe decretarse cuando se trate de delitos graves o de los previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

De igual forma, una de las posiciones propone modificar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, donde se señalen específicamente los delitos por los que el juzgador debe decretar arraigo domiciliario y por cuáles únicamente la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, se indicó que dicho precepto legal debe precisar que el lugar donde se efectúe el arraigo domiciliario debe ser, preferentemente, el domicilio particular del afectado, cuando éste se localice en el lugar en que se lleva la averiguación; y únicamente por exclusión y por motivos excepcionales, en un domicilio diverso. En este último caso, los Magistrados opinaron mayoritariamente que debe tratarse de un domicilio que cuente con las condiciones de higiene y comodidad acordes con la dignidad humana del afectado, y al cual deberán tener acceso ilimitado las personas de su entorno más cercano, es decir, sin estar incomunicado. El artículo 133 de ese ordenamiento, añadieron, también debe establecer que la vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares, deberá ser respetuosa de los derechos humanos del arraigado. En cuanto al término de la duración de la medida precautoria, se manifestó la idea de que se fije el de 72 horas, cuando se trate del arraigo domiciliario, tal como se reglamenta esta figura en el Código Procesal Penal del Distrito Federal y en la Constitución, al tratarse de la detención por el juzgador sin que se justifique con un auto de formal prisión. Lo anterior, en virtud de que ambas medidas cautelares en materia penal afectan el mismo bien jurídico tutelado, es decir, la libertad personal del individuo, asentaron los juzgadores. En el caso del arraigo en la modalidad de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, se comentó que la duración debe ser de seis días, ello en atención a que en esta hipótesis lo que se restringe es la libertad de tránsito del afectado. Por lo que toca al artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, los juzgadores apuntaron que en él debe precisarse que el arraigo no podrá exceder de seis días.

Algunos magistrados de Circuito propusieron modificar el artículo 178 del Código Federal de Procedimientos Penales, estableciendo en él sanciones administrativas de arresto o multa para quien desobedezca sin causa justa el mandato de arraigo domiciliario, o la prohibición de abandonar una

demarcación geográfica, luego de considerar que las sanciones que actualmente contempla son injustas e inequitativas.

Con respecto a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, varios participantes propusieron que las disposiciones que la integran se introduzcan en leyes vigentes, a fin de que se respete la Constitución y, por ende, el ordenamiento jurídico mexicano. Argumentaron que la dificultad de aplicación que presenta esta ley y su colusión con otros preceptos, sobre todo de naturaleza procesal, representan en la práctica una gran variedad de conflictos de interpretación, lo que provoca inseguridad jurídica en toda la sociedad.

El carácter preventivo de la L.F.D.O. afirmaron, se pierde en la inmensidad del anonimato, al existir por separado y en forma independiente respecto de los ordenamientos legalmente creados, como son el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales Federales, entre otros. En este contexto, se subrayó la necesidad de reformar dichos ordenamientos legales, así como la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, para evitar que dadas las características de la ley para combatir al crimen organizado, se distorsione en grado tal nuestro régimen de Derecho penal.

Actualmente en México existen alrededor de 99 testigos protegidos, la mayor parte de ellos son personas ex integrantes de organizaciones criminales nacionales, sin embargo, cabe destacar que incluso se han llevado a cabo convenios de colaboración tanto con los países Latinoamericanos como con los Estados Unidos, respecto a poder dar protección a estos testigos de manera recíproca fuera de las fronteras del país de origen de los procedimientos penales respectivos, tal es el caso que en México existen personas a las que los gobiernos Guatemalteco y Estadounidense presta protección. Actualmente no se cuenta con un reglamento que contenga los lineamientos sobre los cuales se proporcione la protección a las personas que menciona la L.F.D.O., es una actividad que ha quedado al arbitrio del Titular de la U.E.D.O., y consiste en protección personal para el colaborador y/o su familia, y beneficios tanto en la averiguación previa como en el proceso y eventual penalidad.

En la Unión Americana, la protección a las personas puede consistir en beneficios en cuanto a la oportunidad de ser o no perseguidos por la justicia criminal, cambio de identidad, y en algunos casos residencia, trabajo, y ocasionalmente dinero en efectivo, mientras que en nuestro país, aún existe el vacío legal, en lo que respecta a los alcances de la protección, su duración y características, por lo que se pugna en la P.G.R. por obtener que la L.F.D.O. le

dote de mayores atribuciones, particularmente en lo que se refiere al cambio de identidad, por ello se plantea la necesidad de modificación del citado ordenamiento en los próximos meses, e incluso se plantea cambiar la denominación de la U.E.D.O. para que quede contemplada como Subprocuraduría y pueda tener Delegaciones en el interior de la República, ya que actualmente no cuenta con ellas y todos los asuntos se centralizan de la Ciudad de México, con las consiguientes dificultades técnico-operativas que ello implica, tal como quedo de manifiesto en el asunto de las personas que se sometieron a investigación, como implicados en la fuga de Joaquín Guzmán Loera alias "el chapo Guzmán", del penal Federal de Puente Grande, Jalisco, personas que tuvieron que ser trasladadas y arraigadas en un hotel del Distrito Federal, corriendo los gastos a cargo de la P.G.R.

De la misma forma la actual legislación no da la necesaria certeza jurídica a las personas que solicitan la protección y/o beneficios al amparo de la L.F.D.O., en cuanto a el cumplimiento cabal de los compromisos negociados a cargo de la Procuraduría, en la operatividad se estila firmar un contrato, pero no se contemplan Garantías, procedimientos o sanciones a efecto de que se hagan cumplir dichos benéficos, vacío que no puede ignorarse, dado que en la practica puede darse el caso de que se incumpla con el trato o se cumpla parcialmente, como lo ejemplifica el caso de Carlos Resendiz Bertolucci en Estados Unidos, a quien le prometieron una recompensa de 2 millones de dólares, solo le dieron la mitad y tuvo que demandar al gobierno para obtener el pago del complemento. Actualmente no existe ni siquiera en proyecto, la construcción de establecimientos distintos para procesados y sentenciados, mucho menos para la internación de colaboradores que alude la L.F.D.O.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Todo hecho jurídico por evidente que parezca, requiere de una explicación filosófico doctrinal; de este modo puedo afirmar que desde antes de que existieran las leyes escritas, una potestad atribuida al poder social, estaba legitimada para restablecer la normalidad ante un delito mediante el castigo. El *ius puniendi* (Derecho de castigar) emana del individuo, éste lo deposita en la autoridad (Estado), mismo que a su vez lo delega en el Juez para su eficaz ejercicio. Todo sistema penal debe incluir determinadas exigencias de carácter humanitario, es decir, Garantías en favor del ciudadano, que están consagradas en la ley fundamental y que deben respetarse en los procesos penales.

SEGUNDA.- Es claro, conforme a lo sostenido en la presente disertación, que las funciones del Estado se ejercen con respecto a los individuos destinatarios de la actuación estatal; la obligación pública de crear condiciones de seguridad, que tienen que ver con la eficacia de las acciones de prevención, así como de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, inciden directamente en los particulares, que las requieren para su vida y desarrollo, aunque eventualmente como participantes directos en el procedimiento, sin embargo, actualmente ni nuestra Carta Magna, ni la Legislación secundaria especifican los elementos, alcances y Garantías que deben subsistir dentro del Estado de Derecho; en mi opinión sería útil que el texto Constitucional se refiriese al Derecho de los habitantes de la República a contar con adecuadas condiciones de seguridad pública, sin privilegiar a unos sobre otros, al menos como lo hace al referirse a la protección de la salud en el artículo 4º.; pero disponiendo en la ley secundaria, la protección a las personas que participan en un procedimiento judicial, la forma, alcances, y Garantías al proporcionarla.

TERCERA.- Sugiero que la labor legislativa debe atender a su esencia, es decir, a las necesidades y efectos de la modernización, eso es indiscutible, sin embargo, la mayoría de las veces se han adoptado políticas

aisladas, desvinculadas unas de otras, sin conexión de rumbos y de criterios; por ello, aunque esporádicamente han parecido adecuadas, han resultado infuncionales, y poco efectivas ante la delincuencia organizada; hasta ahora no existe en México una Ley que incluya una política criminal integral para enfrentarla; una política que comprenda desde la prevención general hasta la readaptación social especial, pasando por la procuración de justicia, y que se base en criterios uniformes. Es por ello que el Legislador al crear las leyes debe materializar esta vinculación en las figuras y ordenamientos que van a constituir nuestro Derecho positivo, evitando el conflicto entre legislaciones, o bien, legislaciones paralelas con aristas distintas.

CUARTA.- Con la existencia de la figura de los Testigos protegidos la justicia penal se colma de "sentido práctico", aunque para hacerlo deje de ser justicia o se coloque en el riesgo de no serlo. No nos hallamos aquí frente a los simples supuestos del juicio sumario en virtud de una confesión judicial, sino en la hipótesis de negociación que pone en la mesa, la responsabilidad propia o revelaciones sobre la ajena, a cambio de alivio en la incriminación y la sanción; la negociación entre la autoridad y los delincuentes colaboradores es una actitud que de entrada rompe con el principio de legalidad y obligatoriedad del proceso en el sistema penal nacional. La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, particularmente al legalizar beneficios a los sujetos pertenecientes a la delincuencia organizada, está creando en la Nación, una doble vida legal, una lícita; y la otra subterránea, al margen de la ley y las instituciones, que busca de manera abierta, el control ilegal de la sociedad. El hecho de que en otros países existan ciertas normas relativas, no constituye un argumento suficiente para decidir que deben copiarse en México, y lo que es peor que sean eficaces y no produzcan un perjuicio mayor, dada su naturaleza inusitada. Consecuentemente propongo la desaparición de la citada figura en atención a las graves consecuencias y discrepancia con el sistema penal tradicional que en la practica genera.

QUINTA.- Sostengo que la investigación criminal, es el instrumento técnico por el cuál, el responsable de la misma que es el Ministerio público y sus auxiliares, pueden descubrir los hechos necesarios, suficientes

para poder perseguir los delitos y a sus autores con eficacia, dentro del marco legal existente. Sugiero que una de las acciones básicas y urgentes que debe emprender el Gobierno Mexicano, es dotar al Ministerio Público Federal de los recursos suficientes tanto materiales y humanos como de colaboración interinstitucional, pactando con las instituciones educativas, para evaluar y seleccionar en su caso, a quienes obtengan mejores resultados en los exámenes y pruebas, de acuerdo con los parámetros que se establezcan, lo cuál representa acciones sin precedentes, tanto cualitativa como cuantitativamente para contribuir a un mecanismo riguroso de selección de personas que desempeñarán la importante función de Agentes del Ministerio Público, Peritos y Agentes de la Policía Judicial y que cubran los requisitos técnicos, científicos, éticos, físicos y psicológicos que garanticen a la ciudadanía y al propio Estado que dichos servidores públicos de la Procuración de justicia, tienen las aptitudes y actitudes suficientes para cubrir su desempeño y se eviten así desviaciones, ineficiencias abusos o corruptelas.

SEXTA.- Considero que la actuación del Ministerio Público Federal debe constreñirse a la investigación y persecución de los delitos del fuero federal como una sola unidad, y no favorecer la institucionalización del personal de “primera y segunda clases,” la preparación y evaluación de resultados de sus elementos debe ser una constante, así como debe pugnarse por retribuirlos con el salario digno y acorde a su función, a efecto de erradicar la corrupción, la ineficiencia y la burocratización del órgano persecutor del delito.

SEPTIMA.- Establezco que la imposición de las penas debe continuar siendo una facultad exclusiva de la autoridad Judicial, misma que en su actuación debe estar revestida de total autonomía respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo. La creación de los cuerpos multidisciplinarios que auxilien al Poder Judicial debe reglamentarse adecuadamente para que sean peritos que sugieran y no detentadores de poder que pretender usurpar o imponer decisiones al Juzgador, como actualmente se presenta con la L.F.D.O., específicamente en lo que se refiere a la imposición de sanciones y medidas de seguridad.

OCTAVA.- Es claro que una cultura de delatores beneficiados por el poder político no puede generar sino un caos legal, y el desfasamiento de la Justicia, baste señalar que ello implica poner los recursos aportados por los ciudadanos respetuosos de la ley, al servicio de los propios delincuentes que ahora en su papel de “colaboradores” reciben beneficios del Estado, mismo que debe prevenir, perseguir, castigar y en su oportunidad abatir la acción del crimen organizado.

NOVENA.- No existe otro camino para obtener del testigo todo lo que puede dar, sino el camino de la inteligencia, de la aguda habilidad humana y la paciencia, profesionalización y ética de quien lo interroga. El déficit de confianza en las Instituciones de procuración y administración de justicia que priva entre la ciudadanía, hace que muchas veces no se denuncie el delito y más aún que las personas no confíen en que su testimonio contribuya al abatimiento del crimen organizado, sino por el contrario temen que éste les resulte en perjuicio de su integridad y la de su familia. Por lo tanto es necesario generar una cultura de confianza en la Justicia, para que de esta manera el ciudadano se asuma como ente protegido por la ley y no reprimido en sus Garantías por ésta.

DECIMA.- Propongo la creación de un programa de protección a personas que participan dentro de un procedimiento judicial, sin que ello implique beneficios o componendas con los criminales, y mucho menos la “flexibilización” o reducción de Garantías individuales, es necesario que este programa tenga como finalidad abatir la impunidad y dotarlo de los planes y programas necesarios, especificando las acciones de los funcionarios dentro del marco legal de nuestro sistema penal, es decir, sin que exista invasión de las funciones propias de cada una de las instituciones protagonistas del sistema penal y respetando los Derechos y Garantías que consagra la Constitución. Por otro lado también es importante que las legislaciones adjetivas y sustantivas concuerden en su contenido, evitando antagonismos y favorezcan la cooperación interinstitucional en materia de acciones, inteligencia y bases de datos respecto a la criminalidad.

BIBLIOGRAFIA:

- 1.- ADAME GODDARD, JORGE. Filosofía Social para Juristas. Serie Jurídica. Editorial Mc Graw Hill/ U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, 240 Pág.
- 2.- ALCANTARA, MANUEL. Sistemas Políticos de América Latina. Ed. Técnos. Madrid, 1999. 256 Pág..
- 3.- ARELLANO GARCIA, CARLOS. Teoría General del Proceso. 9ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 2000. 470 Pág.
- 4.- BOBBIO, NORBERTO. Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. Traducción de José de Asís Roig, Madrid, España, 1991, P. 67.
- 5.- CABRERA MORALES /QUINTANA VALTIERRA. Manual de Procedimientos Penales. 2ª. Edición. Edit. Trillas, México, 1998. 185 Pág.
- 6.- CALAMANDREI, PIERO. Proceso y Democracia, Trad. de Héctor Fix Zamudio, Ed. EJEA., Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 60.
- 7.- CARNELUTTI, FRANCESCO. Como se Hace un Proceso. Traducción de Santiago Sentis y Marino Ayerra. Ediciones Jurídicas. 145 Pág. México, 1990.
- 8.- CARPIZO MACGREGOR, JORGE. La Constitución de 1917. 8ª. Ed. Editorial Porrúa / U.N.A.M., México, 1986. 386 Pág.
- 9.- CARRARA, FRANCESCO. Programa Fundamentos de la Pena. Traducción de José Ortega Torres y José Guerrero, vol. II, Librería Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Pág. 25.
- 10.- CASTRO Y CASTRO, JUVENTINO V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa,. México, 1990. 259 Pág.
- 11.- COLIN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 3ª. Edición, México, 1974.

- 12.- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Tratado de las Pruebas Penales. 2 Tomos. Editorial Porrúa, México, 1999.
- 13.- FIX ZAMUDIO, HECTOR. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Editorial / U.N.A.M., México 1994. 376 Pág.
- 14.- FIX ZAMUDIO, HECTOR. Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 1988. 550 Pág.
- 15.- FLORIAN, EUGENIO. De las Pruebas Penales. 3ª. Ed. reimpresión 2 Tomos. Editorial Themis. México, 1990.
- 16.- FLORIAN EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal, traducción de L. Prieto Castro, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España. Pág. 112.
- 17.- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2000. 458 Pág.
- 18.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Diálogos Jurídicos. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 1991. 445 Pág.
- 19.- GARCIA RAMÍREZ, SERGIO. Delincuencia Organizada. 2ª. Ed. Editorial Porrúa / U.N.A.M., México, 2000. 306 Pág.
- 20.- GARCIA RAMÍREZ, SERGIO. El Sistema Penal Mexicano. Fondo de Cultura Económica, México 1993. 187 Pág.
- 21.- GARCIA RAMÍREZ, SERGIO. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México, 1993. 242 Pág.
- 22.- GAROFALO. La Criminología, Estudio sobre la Naturaleza del Crimen y Teoría de la penalidad, Edit. Daniel Jorro, Madrid, España, 1912. p. 37.
- 23.- GONZALEZ DE LA VEGA, RENE Y OTROS. La Investigación Criminal. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 2000. 355 Pág.

- 24.- GONZALEZ DE LA VEGA, RENE. Política Criminológica Mexicana. Editorial Porrúa/ U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, 568 Pág.
- 25.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, VARIOS AUTORES. La Constitución Mexicana de 1917, Ideólogos, Núcleo Fundamental y otros Sistemas Constitucionales. Editorial U.N.A.M., México, 1990. 483 Pág.
- 26.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. 3ª Ed. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990. 578 Pág.
- 27.- LARA PONTE, RODOLFO. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1998. 227 Pág.
- 28.- LIMA MALVIDO, MARIA DE LA LUZ. La Política Criminal. Editorial U.N.A.M. México, 1977.
- 29.- MARTINEZ GARNELO, JESUS. La Investigación Ministerial Previa. Editorial Porrúa. México, 1998. 180 Pág.
- 30.- MARTINEZ GARNELO, JESUS. El Proceso Penal y su Exigencia Intrínseca. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 2000. 210 Pág.
- 31.- MARTINEZ PINEDA, ANGEL. Naturaleza Jurídica del Testimonio. Editorial Porrúa, México, 1999. 226 Pág.
- 32.- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO. Teoría del Delito. 10ª. Edición Editorial Porrúa. México, 2001. 215 Pág.
- 33.- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México, 1998. 473 Pág.
- 34.- OVALLE FAVELA, JOSE. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mcgraw-Hill. Serie Jurídica, México, 1996. 327 Pág.
- 35.- RABASA, EMILIO O. El Pensamiento Político del Constituyente. Editorial Porrúa / U.N.A.M., México, 1991. 142 Pág.

- 36.- RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Penología. 2a. Ed. Editorial Porrúa, México, 2000. 300 Pág.
- 37.- VALLARTA PLATA, JOSE GUILLERMO. Introducción al estudio del Derecho Constitucional Comparado. Editorial Porrúa, México, 1998. 301 Pág.
- 38.- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Tratado de Derecho penal. Editorial Cárdenas. México, 1988. 502 Pág.
- 39.- ZAMORA PIERCE JESUS. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa, México, 1987. 363 Pág.

LEGISLACION

- 1.- Código Penal Federal.
Editorial Porrúa, México, 2000. 134 Pág.
- 2.- Código Federal de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa, México, 2000. 110 Pág.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el D.F.
Editorial Sista, texto vigente y anterior a sus reformas de 1999.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente.
Editorial Porrúa, México, 2001. 62 Pág.
- 5.- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
Editorial PAC., México, 1997. 30 Pág.
- 6.- Ley para Prevenir y Sancionar la tortura. 4ª. Ed.
Ediciones Delma, México, 2000. 10 Pág.
- 7.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
Editorial Porrúa, México, 2000. 26 Pág.

8.- Reglamento de la Ley Orgánica para la Procuraduría General de la República. Editorial PAC. México, 1996. 30 Pág.

DICCIONARIOS.

1.- Diccionario de Derecho Procesal Civil, 5ª. edición, Editorial Porrúa, México 1966, P. 603.

2.- GILLI GAYA, SAMUEL. Diccionario de Sinónimos. 7ª. Edición. Editorial Biblograf, S.A., Barcelona, España 1979.

3.- PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, Editorial Larousse, México, 1998.

PUBLICACIONES.

1.- CAMARA DE DIPUTADOS LVII LEGISLATURA E INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. Derechos del Pueblo Mexicano. 12 Tomos. Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.

2.- DISCURSO DE JOSE MARIA MORELOS Y PAVON del 7 de Marzo de 1815 en Ario de Rosales, Michoacán. Con motivo de la fundación del Primer Tribunal Supremo de Justicia de la Nación.

3.- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL, Vol. I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1954, p. 41.

4.- EL MUNDO DEL ABOGADO Revista del mes de Julio de 2000. Grupo Siete División Editorial.

5.- Suplemento "Enfoque" del periódico "Reforma" de fecha 5 de agosto del año 2001.

SITIOS EN INTERNET

cisen.gob.mx.
delincuencia.html.
<http://info.juridico.unam.mx>.
pgr.gob.mx.
sedena.gob.mx.
mexico.morelos.html

unam.mx.
senado.txt.
www/fbi.gov.
www/nsa.gov.
www/worldpolicy.org.