

758

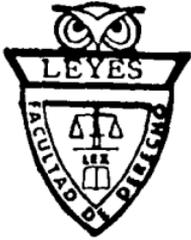


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

TESTIGOS PROTEGIDOS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA :
VICTOR HUGO ROSALES ARGONZA



ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

MEXICO, D.F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Paginación Discontinua



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
· ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno ROSALES ARGONZA VICTOR HUGO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "TESTIGOS PROTEGIDOS", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

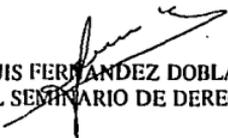
El profesor LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "TESTIGOS PROTEGIDOS" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno ROSALES ARGONZA VICTOR HUGO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 4 de marzo de 2002


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



GOBIERNO FEDERAL
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno ROSALES ARGONZA VICTOR HUGO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "TESTIGOS PROTEGIDOS", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

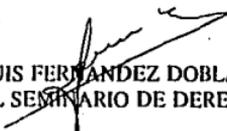
El profesor LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "TESTIGOS PROTEGIDOS" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno ROSALES ARGONZA VICTOR HUGO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 4 de marzo de 2002


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Ciudad Universitaria, a 11 de febrero del 2002

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

Estimado Maestro.

Por medio de la presente me dirijo a usted para informarle que el C. Pasante de Derecho VICTOR HUGO ROSALES ARGONZA, ha realizado bajo mi dirección la tesis titulada "TESTIGOS PROTEGIDOS" y en virtud de que la misma cumple con los requisitos de fondo que una obra de tal naturaleza exige y los requisitos normales establecidos por el Seminario que usted dignamente representa, he tenido a bien aprobar y, por consiguiente, la someto a su consideración para los mismos efectos.

Sin otro particular por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial y afectuoso saludo.

A T E N T A M E N T E


LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA
PROFESOR DE CARRERA DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO.

*Firme trabajo
de tesis para Pasante
Doblado
11. feb. 02*

A MI DIOS

Mi padre, a quien doy gracias profunda y humildemente por su inmenso amor.

A MIS HIJAS

Que con su ternura y apoyo hicieron posible el final de este trabajo y tienen un lugar especial en mi corazón.

A MI MADRE Y HERMANOS

Quienes con su ejemplo llenaron mi vida de fuerza y empeño.

A MI ESPOSA ROSA MARÍA

Por su incondicional confianza y amor.

A MI MAESTRO

Lic. Carlos Barragán Salvatierra.
A quien dedico esta tesis como un reconocimiento a sus consejos y experiencia los cuales hicieron posible el presente trabajo.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I LA PRUEBA EN GENERAL	
1.1. Concepto de Prueba	1
1.2. Antecedentes históricos de la Prueba	5
1.3. Elementos de la Prueba	9
1.3.1. Objeto de Prueba	10
1.3.2. Sujeto de Prueba	11
1.3.3. Medios de Prueba	12
CAPÍTULO II LA PRUEBA TESTIMONIAL	
2.1. Concepto de Testigo	16
2.2. Antecedentes históricos de los Testigos	19
2.3. Clasificación de los Testigos	22
2.4. Naturaleza Jurídica	26
CAPÍTULO III DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN A TESTIGOS	
3.1. Estados Unidos de América	33
3.2. Europa	39
3.3. América Latina	61

CAPÍTULO IV LOS TESTIGOS PROTEGIDOS EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

4.1. La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	73
4.2. Concepto de Testigos Protegidos	79
4.3. Clasificación	82
4.3.1. Testigo Protegido	83
4.3.2. Medios de Protección	83
4.3.3. Testigo-Delincuente Protegido o Colaborador	84
4.3.4. Medios de Protección	85
4.3.5. Negociación del Delito	90
4.3.5.1. Durante la Averiguación Previa	91
4.3.5.2. Ante el Órgano Judicial	91
4.3.6. Principio de Oportunidad	91
4.4. Delaciones	94
4.5. Recompensas	96
4.6. Propuestas para Regular la Institución de los Testigos Protegidos	97
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	106

I N T R O D U C C I Ó N

Es de todos conocida, la imperativa necesidad de luchar eficazmente contra las manifestaciones más graves de la criminalidad, como es el caso específico de la delincuencia organizada; por lo que en los últimos años ha aparecido en el contexto jurídico mexicano una institución por demás novedosa y controvertida: los testigos protegidos, a quienes nuestra legislación les da un tratamiento fuera de lo ordinario.

En el entendido, de que no es nueva figura en algunos países europeos y otros americanos, si existe diferencia sustancial en los conceptos y caminos procesales que han tomado, sin menospreciar la amplia experiencia que pueden aportar cada uno de ellos. En nuestro país es de comprenderse la difícil tarea del acusador público-investigador cuando conoce de hechos delictuosos altamente maquiados, o complejos de investigar, modernamente los delitos más difíciles de investigar son los de la delincuencia organizada, que cada vez adquieren mayor relevancia y que sólo con la alta preparación de los servidores públicos pueden cumplir con el debido funcionamiento de su delicada misión. Más sin embargo, ahora se les proporciona una salida falsa al legitimar a testigos que aprovechan la oportunidad para, a su vez, obtener un beneficio personal, aunque ello represente falsear o manipular la verdad de un proceso penal, o bien darle un cierto e interesado sentido.

La desesperada lucha contra el crimen organizado en nuestro país, ha permitido se infiltren ciertas medidas “facilitadoras” que pueden llegar a culminar una difícil y exhaustiva investigación con una sencilla negociación respecto de un testimonio incriminador, poniendo en riesgo el alto prestigio y larga tradición jurídica que en materia constitucional y penal cuenta nuestro país. Lo que motiva la presente investigación sobre el delicado y controvertido tema de los testigos protegidos.

CAPÍTULO I LA PRUEBA EN GENERAL

1.1. Concepto de Prueba

1.2. Antecedentes históricos de la Prueba

1.3. Elementos de la Prueba

1.3.1. Objeto de Prueba

1.3.2. Sujeto de Prueba

1.3.3. Medios de Prueba

1.1 CONCEPTO DE PRUEBA

Actualmente, la palabra prueba admite diversas acepciones, las cuales son aplicables a diferentes ciencias y materias del conocimiento humano; es conveniente recordar que "etimológicamente, viene de probandum, cuya traducción es patentizar, hacer fe; criterio adoptado en el antiguo Derecho Español".¹ El Diccionario Latín-Español SOPENA, señala "Proba. (del latín probó) significa prueba, ensayo, examen, verificación, inspección".²

En sentido ordinario, prueba es sinónimo de experimentación, de revisión; es una operación que se realiza a fin de comprobar la eficacia, funcionamiento, o existencia de algo.

Así se rehace una operación aritmética, un experimento o bien una hipótesis científica, para averiguar su exactitud o en su caso inexactitud.

El Diccionario de la Real Academia Española, da como significado, "Prueba. Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Indicio, señal o muestra que se da de una cosa. En Derecho es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce la ley".³

En el ámbito jurídico, "...resulta tan trascendente la actividad probatoria que la culpabilidad o inocencia de un individuo, la justicia o injusticia de un fallo o el logro de

¹ Collín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, decimoséptima edición, Porrúa, México, 1998, p. 407.

² Diccionario Latín-Español SOPENA, Tomo II, primera edición, Editorial Ramón Sopena, España, 1997, p. 1233.

³ Diccionario de la Lengua Española-Real Academia, Tomo II, vigésima primera edición, editorial Espasa Calpe, España, 1999, p. 1685.

la verdad buscada en el enjuiciamiento, en múltiples ocasiones están condicionados a la atingencia que se haya observado en cuanto al ofrecimiento y desahogo de las pruebas conducentes".⁴

Al respecto del concepto de prueba Eugenio Florián establece que "probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para si o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho. Trasladados estos criterios al proceso penal, ellos tienen valor en orden al conocimiento del delito y del delincuente y de todos los elementos que a ellos se refieren o que con ellos están vinculados; en este caso y en lo concerniente a la noción de prueba, no hay para qué distinguir si ésta fue suministrada por el juez o por las partes".⁵

El concepto anterior, entre otros aspectos, señala que la personalidad del presunto delincuente, también es susceptible de ser examinada por medio de la prueba.

Mittermaier afirma "cuando un individuo aparece como autor de un hecho a que la ley señala consecuencias afflictivas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del juez, dándose el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen la certeza; en el momento que examina estos motivos, se efectúan en el ánimo del juez una operación semejante a la que tiene lugar en todo hombre en los asuntos privados procura convencerse de la verdad de ciertos hechos".⁶

Así, por su parte Dellepiane señala "con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio, es decir, la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento".⁷

⁴ Hernández Pliego, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal, segunda edición, Porrúa, México, 1997, p. 178.

⁵ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo I, reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 1990, p. 44.

⁶ Mittermaier, C.J.A. Tratado de la Prueba en Materia Criminal, tercera edición, Editorial Imprenta de la Revista de Legislación, España, 1877, p. 65.

⁷ Dellepiane, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba, tercera reimpresión de la novena edición, Editorial Temis, Colombia, 1997, p. 8.

En nuestro contexto jurídico, la prueba penal nace en el momento mismo en que suceden los hechos, operando desde la averiguación previa; la sola presentación de la denuncia o de la querrela constituyen actos de prueba, por lo que es posible afirmar que "todo el procedimiento penal gravita alrededor de las pruebas; así, el Ministerio Público al preparar el ejercicio de la acción penal lo hace con medios de prueba y el resultado será el ejercitar o no la acción penal en contra de un probable responsable; y una vez que se da la relación jurídico procesal, el órgano jurisdiccional, al resolver el auto de término constitucional, incidentes de libertad como el de desvanecimiento de datos y especialmente al dictar sentencia definitiva, debe basarse en los medios de prueba que se ofrecieron y se desahogaron".⁸

Desde luego que el Ministerio Público en la averiguación previa y el juez pueden ampliar aquellas pruebas producidas por las partes si le parecen insuficientes, esto se debe a la constante preocupación por la búsqueda de la verdad y reconocimiento del juzgador, quien para emitir su resolución deberá tener plena certeza.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, con relación a la prueba penal establece el concepto "prueba en materia penal, es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal".⁹

En México es posible ofrecer pruebas aunque no sean de las establecidas expresamente; esto es, siempre que ésta pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal.

En términos del Doctor Sergio García Ramírez, "toda la actividad procesal tiende a un solo objetivo: alcanzar la verdad y resolver en consecuencia. Tal es el fin que persigue el Ministerio Público durante la averiguación previa. Tal es, sobre todo, el propósito del juzgador. La prueba es el medio para la adquisición de la verdad y la

⁸ Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. primera edición, McGRAW-HILL Editores, México, 1999, p. 355.

⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 407.

convicción del Ministerio Público y el juzgador. Es el sustento racional y moral de la sentencia".¹⁰

El maestro Carlos Barragán Salvatierra explica que respecto a un hecho se puede estar en cuatro estados distintos: de ignorancia, de duda, de posibilidad o de certeza. Todo lo que sirva para hacernos progresar desde el primero hasta el último de estos estados se llama prueba. Cuando la prueba lleva a la certeza se llama plena, cuando lleva a la probabilidad se llama semiplena.

Y más adelante el mismo autor, citando a Hernández Acero, define, "prueba es todo medio pertinente y suficiente para encontrar la verdad que se busca y lograr convencimiento en el órgano jurisdiccional".¹¹

De lo expuesto, puede decirse que la prueba no es otra cosa que querer la demostración de la verdad y el reconocimiento del juzgador, quién para emitir su resolución deberá tener plena certeza; de donde se advierte que la sentencia que se dicte en el juicio, siempre deberá estar apoyada en las constancias procesales que obren en el mismo.

En resumen, prueba es la actividad procesal de oficio, o por ofrecimiento de alguna de las partes, que tiende a provocar la convicción del juez, en mayor o menor medida acerca de la existencia o inexistencia de un hecho pasado y de la personalidad del presunto delincuente.

Finalmente, podemos afirmar que la prueba puede provocar actitudes pasivas o activas en los sujetos que intervienen en el procedimiento penal "...lo estimula y lo impulsa incesantemente desde sus comienzos hasta la decisión última".¹²

¹⁰ García Ramírez, Sergio. El Sistema Penal Mexicano, primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 141.

¹¹ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. pp. 356 y 357.

¹² Florián, Eugenio. Op. cit. p. 41.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRUEBA

Durante siglos, el ser humano ha vivido con la fascinación de lo que podría considerarse “el mito de la verdad”, llegando a considerar que mediante el uso apropiado de instrumentos mágicos, morales, religiosos, materiales o jurídicos, podrían proporcionar representaciones exactas de la verdad.

Por ello es incuestionable que los primeros pueblos, tanto los desarrollados o subdesarrollados, tienen ciertas nociones sobre la prueba, de acuerdo con su época, civilización y su fe.

Inicialmente, la prueba, estaba relacionada con elementos místicos, que eran considerados medios que podían conducir a la verdad; así podemos destacar como los más conocidos a los “Juicios de Dios”, también conocidos como “ordalías”, en las que se depositaba la fe y la confianza de que la voz de Dios concluye por descubrir la verdad y ayudar a la buena causa.¹³

Como ejemplo de algunas ordalías, se puede citar el duelo, “donde los acusados pretendían demostrar su inocencia saliendo indemnes de un combate y el contacto con el fuego o del agua hirviente en que se introducían alguna parte del cuerpo”.¹⁴

Las mencionadas pruebas, constituyen claro ejemplo de medios de prueba formal, ya que precisaban al juez a dictar el fallo conforme el sentido del resultado.

Un importante avance en la evolución histórica de la prueba, ocurrió en Roma cuando el procedimiento penal logró independizarse del proceso civil.¹⁵

Así, para tiempos de la República no existía un sistema de reglas especiales para la prueba, por lo que en ésta época el pueblo era quien fallaba reunido en comicios por

¹³ Cfr. Mittermaier. Op. cit. pp. 38-y 39.

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, vigésima edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1986, p. 690.

¹⁵ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 407.

centurias o por tribus, y desde entonces no era posible una apreciación jurídica de las pruebas, ya que el pueblo dictaba sentencia, influenciado por el cargo o actividad del sujeto, o por los servicios políticos prestados.

Los "*Judices de las Quaestiones perpetuae* tampoco eran otros que los jueces populares que seguían su sola convicción, y no teniendo cuentas que dar, podían, en definitiva prestar oído a la voz de la compasión o influencias de naturaleza política. Por tanto, pudieron ciertas fórmulas hacerse prácticas en lo que concierne al interrogatorio de los testigos y a la fuerza probatoria de los documentos, y ya se deja ver en el tormento más de un germen de prueba formal, puesto que los *Judices* estaban obligados a aceptar como probantes los resultados".¹⁶

Se observa, en fin, que las leyes establecieron algunas prescripciones y reglas, en materia probatoria cuando determinaba qué personas estaban excluidas y qué se admitían a dar testimonio acerca de tal o cual delito.

En lo conducente Mittermaier señala, "bajo el Imperio caen en desuso los antiguos tribunales populares; sin embargo no se ve aún funcionar un sistema de pruebas legales tal como hoy se entendería... los Emperadores trazan en sus Constituciones algunas reglas de prueba; muchas veces rechazan el testimonio de ciertas personas, y otras declaran que tal o cual género de prueba, por ejemplo, los dichos de un solo testigo, no podría ser suficiente para producir convicción".¹⁷

Al respecto, el maestro Guillermo F. Margadant Spanjaardt, establece "el Derecho Romano clásico no nos presentaba un sistema de pruebas tasadas ni un sistema libre, sino una mezcla de ambos principios".¹⁸

Y conforme a sus investigaciones, el citado autor afirma que las pruebas que conocía el Derecho Romano eran:

- I. Documentos públicos y privados, cuya importancia crece en perjuicio de la prueba testimonial, a medida que progresa la orientalización postclásica.

¹⁶ Mittermaier. Op. cit. p. 28.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Margadant Spanjaardt, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, vigésima edición, Editorial Esfinge, México, 1994, p. 169.

2. Testigos, la prueba preferida en tiempos clásicos. La regla de *testis unus, testis nullus* es de Constantino. Adriano recomendaba “fijarse más en el testigo que en el testimonio”.
3. El juramento. Quién prestaba un juramento falso incurria en graves sanciones, además de las consecuencias procesales.
4. La declaración de una parte, hasta donde coincida con las afirmaciones de su adversario (*confessio*), considerada a menudo como la “reina de las pruebas”.
5. Peritaje. Existía no solamente en cuestiones de hecho (agrimensores, grafólogos, médicos), sino también de derecho, jurisconsultos investidos del *ius publice respondendi*.
6. La fama pública, mencionada en una obra de Quintiliano sobre la oratoria, como una de las pruebas del proceso romano. Cuando era de fama pública, ya no había necesidad de ofrecer prueba testimonial.
7. Inspección judicial
8. Presunciones humanas o legales.¹⁹

En resumen, se puede decir, que a pesar de que en la legislación romana no hubo un “sistema de reglas absolutas y detalladas al respecto; ya que los jurisconsultos de Roma se cuidaron muy poco de fundar una teoría especial de la prueba, contentándose con algunas indicaciones o advertencias”.²⁰

No obstante, Mittermaier considera en sus investigaciones respecto del Derecho Romano, que todos sus escritos manifiestan una tendencia positiva hacia la investigación de la verdad material.²¹

Por lo anterior expuesto, no podemos negar la enorme aportación de Roma para el mundo en materia probatoria.

¹⁹ Cfr. Idem.

²⁰ Mittermaier. Op. cit. p. 28.

²¹ Cfr. Ibidem, p. 29.

Cuando aparece la Ordenanza de Justicia Penal de Carlos V en el año 1532 (llamada así, por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania), el cual quiso fijar ciertos principios que deberán guiar al juez en la apreciación de los casos difíciles.²²

Incluyó también advertencias sobre el uso que ha de hacerse de los medios o fuentes de prueba.

Se considera que implantó un sistema caracterizado por una predominante tendencia a la obtención de la verdad material; reguló los medios probatorios, en cuanto a su valor, y los principios por los cuales debían gobernarse.²³

No obstante, esta legislación no logró despojarse del haber fundado su sistema de prueba bajo el engañoso influjo de la creencia y admisibilidad del tormento.²⁴

Por su parte, el "antiguo Derecho Español, en cuerpos jurídicos como: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, la Nueva y Novísima Recopilación, y otras más, se dio considerable atención a las pruebas, no se estableció un sistema".²⁵

Ahora bien, el investigador Alcalá-Zamora y Castillo considera que en España, respecto de las indias donde el órgano supremo de la jurisdicción civil, penal y comercial fue el Consejo de Indias, creado en 1524. Intervenia en las causas criminales graves, en las apelaciones de los juicios de contrabando fallados en primera instancia por la Casa de Contratación de Sevilla. Éste era el segundo órgano jurisdiccional indiano en España.

Ya en América, el más importante tribunal fue la Audiencia, en la de México había alcaldes del crimen, que formaban sala aparte y conocían exclusivamente de las causas penales. En general, funcionaba como juzgador de apelación (civil y penal) contra sentencias dictadas por gobernadores, alcaldes e intendentes.²⁶

²² Cfr. *Ibidem*, p. 30.

²³ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 408.

²⁴ Cfr. Mittermaier. *Op. cit.* p. 33.

²⁵ Colín Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 408.

²⁶ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, Tomo II, segunda edición, Porrúa, México, 1985, p. 507.

Tampoco debemos olvidar, que surgieron diversas jurisdicciones especiales, la más conocida fue la del Santo Oficio.

En materia penal el proceso fue principalmente inquisitivo, como en toda la Europa continental de la época, con aplicación del tormento, cuya abolición en España, primero en 1812 y luego en 1817 trascendió a México.

Posteriormente el 4 de Septiembre de 1824 se promulga la primera ley mexicana para mejorar la administración de justicia y los procedimientos jurisdiccionales, pero sin alterar los lineamientos fundamentales, que siguen siendo los españoles.²⁷

"En el Derecho Mexicano, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1894, se previó un sistema limitativo de los medios de prueba (artículo 206); se fijaron reglas para la valoración de la mayor parte de éstas; y, excepcionalmente, se concedía libertad al juzgador para apreciar los dictámenes de peritos y la presunción. El mismo criterio adoptó el Código de 1929, ordenamiento jurídico sustituido por el de 1931".²⁸ El cual entró en vigor el 17 de Septiembre del mismo año.

"En la esfera federal rigió primero el de 18 de Diciembre de 1908, inspirado en el del Distrito de 1894, más luego entró en vigor el de 1934".²⁹ A partir del 1º de Octubre del mismo año.

1.3. ELEMENTOS DE LA PRUEBA

Una vez determinado, el concepto de lo que debemos entender por prueba, tanto en su acepción más genérica, como en particular, la que corresponde al campo del procedimiento penal y la transformación que ha sufrido la prueba en la evolución histórica del conocimiento penal. Ahora, es necesario para nuestra investigación

²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 508.

²⁸ Collin Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 408.

²⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Op. cit.* p. 509.

entrar en el estudio de los elementos que la doctrina distingue como integrantes de la prueba.

Sobre el particular, el maestro Barragán Salvatierra citando a Hernández Acero, define que "sus elementos son: a) el medio de prueba (es la prueba misma), b) el órgano de prueba (toda persona física y psicológicamente portadora de un medio de prueba) y c) el objeto de prueba (tomado finalísticamente, consiste en el convencimiento al juzgador)".³⁰

1.3.1 OBJETO DE PRUEBA

En la acepción de Eugenio Florián, "...es lo que en el proceso hay que determinar, es el tema a probar (*thema probandum*), y consiste en la cosa, la circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso".³¹

Tenemos, así, al objeto de la prueba como el "*thema probandum*", esto es el tema a probar; es decir, este puede recaer en cosas, personas, circunstancias y modalidades, entre otros aspectos que examinaremos más adelante.

Para Guillermo Colín Sánchez, es la cuestión que dio origen a la relación jurídica-material de Derecho penal.³²

En el concepto de Julio A. Hernández Pliego, "Objeto de la prueba (*thema probandum*) es la cuestión a demostrar. Ésta cuestión puede ser cualquier hecho que trate de evidenciarse, pues sólo los hechos están sujetos a prueba, dado que el derecho, con referencia al nacional, la ley supone que es del conocimiento del juez. De esta forma, objeto de prueba podrá ser la existencia de los elementos del tipo penal,

³⁰ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. p. 356.

³¹ Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, segunda edición española, Bosch-Casa Editorial, España, 1993, p. 305.

³² Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 410.

la inocencia del inculpado, la existencia de alguna modificativa del delito, la conducta precedente del reo etcétera".³³

Concretamente, conforme al *thema probandum* del que se trate, nuestro objeto de prueba podrá ser entre otros aspectos, "conducta o hecho, aspecto interno y manifestación; las personas, probable autor del delito, ofendido, testigos; las cosas, en tanto que en éstas recae el daño o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito; y por último, los lugares, por que de su inspección tal vez se colija algún aspecto o modalidad del delito. El objeto de la prueba, es fundamentalmente para la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades, (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente; el grado de responsabilidad y el daño producido)".³⁴

Puede recaer, también, sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del Derecho Penal, teoría de la ley penal, así como en el orden negativo, sobre ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, y excusas absolutorias.³⁵

1.3.2 SUJETO DE LA PRUEBA

También es conocido en la doctrina como el órgano de prueba; que no es otra cosa que la persona que incorpora el objeto de prueba al procedimiento penal.

Es decir, es la persona física que aporta las pruebas de que se vale el juzgador para formar su convicción.

Colín Sánchez, concibe al sujeto de prueba, como la persona, que proporciona el conocimiento, por cualquier medio factible.

³³ Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. p. 179.

³⁴ Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 411.

³⁵ Cfr. Idem.

Eugenio Florián establece, que el sujeto de prueba "...es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba".³⁶

Es necesario distinguir, que no cualquiera puede ser sujeto de prueba, por amplios que pudieran parecer los conceptos citados; únicamente son, a saber:

- El probable autor del delito;
- El defensor;
- El ofendido o su representante legítimo;
- Los testigos.

El sujeto u órgano de prueba, no sólo está vinculado a la instrucción, sino evidentemente desde la averiguación previa, más, no será posible que puedan figurar con el carácter de sujeto de prueba, ni el Ministerio Público en la averiguación previa, ni el propio juez; aún en los casos en que por sí se proporcionen el conocimiento del objeto de la prueba; esto, por ser siempre receptores de ella.³⁷

Se podrá observar, que la prueba es de suma importancia y trascendencia para todos los sujetos que intervienen en el procedimiento; sin embargo, en principio la prueba se dirige siempre a la autoridad que ha de decidir valiéndose de ésta, sea el Ministerio Público, juez o tribunal.

1.3.3 MEDIOS DE PRUEBA

El medio de prueba, es el instrumento o mecanismo a través del cual la prueba se incorpora al procedimiento penal.

En criterio de Eugenio Florián, el medio de prueba representa el momento en que el aporte de la prueba se manifiesta en su mayor eficiencia, a través de él se efectúa el contacto entre el objeto de prueba y el juez, ya que por su intermedio el objeto de prueba se pone al alcance del conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales.³⁸

³⁶ Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, Op. cit. p. 306.

³⁷ Cfr. Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. p. 180.

³⁸ Cfr. Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo II, Op. cit. p. 3.

En cuanto, a quién se dirige la prueba, el maestro Jorge Alberto Silva Silva, considera, "la respuesta depende dice Florián del sistema empleado. Si es el inquisitivo, la prueba se dirige al tribunal, pero si es acusatorio, no sólo al tribunal sino a todos los demás sujetos procesales. No obstante, ha de advertirse que en principio la prueba se dirige siempre al tribunal, que ha de decidir".³⁹

Ciertamente el objeto de prueba no cambia al cambiar el medio de prueba que lo revela al juez, como que permanece tal cual; pero el modo como el juez llega al conocimiento de él ofrece en verdad un criterio capital respecto a la eficacia y a la apreciación del aporte de la prueba que surge de ese medio.⁴⁰

Es decir, el medio de prueba, es todo aquello que es útil al juez para formar su convicción, es el instrumento que le permite alcanzar el conocimiento acerca del objeto de la prueba.⁴¹

Generalmente en la doctrina se dice que el medio de prueba, es la prueba en sí. Que es propiamente el vehículo para alcanzar un fin. En otros términos es el acto o modo usado por la persona física o sujeto de prueba para proporcionar el citado conocimiento, consecuentemente, conocer es individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer es el medio de prueba.⁴²

En nuestro país, el procedimiento penal, permite aportar como pruebas, cualquier dato o elementos que puedan servir como tal. En lo conducente el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

Artículo 135. La ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos y privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y la judicial;

³⁹ Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Harla, México, 1995, p. 547.

⁴⁰ Cfr. Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo II, Op. cit. p. 3.

⁴¹ Cfr. Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. p. 179.

⁴² Cfr. Collín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 416.

V. Las declaraciones de testigos, y

VI. Las presunciones.

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

También se admitirán como prueba las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

Artículo 206. Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial la estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

De los artículos transcritos se desprende que, el Código Federal de Procedimientos Penales contiene una norma general sobre admisión de pruebas. Mientras tanto, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, presenta una lista de medios de prueba admisibles, también autoriza otros medios de investigación de la verdad. En consecuencia, ambos ordenamientos abren la puerta para una amplia actividad probatoria.

CAPÍTULO II LA PRUEBA TESTIMONIAL

- 2.1. Concepto de Testigo**
- 2.2. Antecedentes históricos de los Testigos**
- 2.3. Clasificación de los Testigos**
- 2.4. Naturaleza Jurídica**

2.1 CONCEPTO DE TESTIGO

La declaración de testigos, en la actualidad, es uno de los medios probatorios cuya confiabilidad más se cuestiona, y no obstante, quizás el más empleado en el procedimiento penal. Casi podría afirmarse que no hay enjuiciamiento tanto civil, penal, familiar, laboral, etcétera, en el que no se examinen testigos.⁴³

Desde la perspectiva de Florián, "la prueba testimonial es la que más utiliza y más aprovecha el proceso penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación judicial se desenvuelve con mayor energía".⁴⁴

Su importancia no puede menospreciarse; la declaración de testigos, ha sido utilizada desde tiempo inmemorial, para llegar al conocimiento de la verdad.

El testigo resulta ser esencial aún en la vida diaria, para conocer lo que se pretende es necesario acudir a quienes se supone saben lo que se ignora, razón por la cual, no se prescinde de este tipo de informadores.

La problemática surge, cuando el testigo tiene algún motivo para ocultar o alterar la verdad, bajo la influencia de diversos factores, tales como el miedo a represalias, soborno, interés en el resultado del fallo, odio, amor, amistad, etcétera; o bien, simplemente por error, o alguna disminución en su capacidad de percepción.

A pesar de lo anterior, la fe en el testimonio humano desempeña un enorme papel en la ciencia y en toda la vida humana. Para comprenderlo, basta recordar que la mayor parte de las nociones y verdades que guían nuestra conducta tienen como origen la creencia en el testimonio de los hombres.⁴⁵

⁴³ Cfr. Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. p. 196.

⁴⁴ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo II, Op. cit. p. 71.

⁴⁵ Cfr. Dellepiane, Antonio. Op. cit. p. 132.

Con relación a la credibilidad del testimonio, el maestro Barragán Salvatierra cita a Nicola Framarino de Malatesta, cuando "este autor señala que la atestación de la persona en general y del testimonio en particular, es la presunción que consiste en decir que los hombres perciben y relatan la verdad, presunción que a su vez se funda en la experiencia general de la humanidad, que demuestra que en realidad, en su mayoría, el hombre es verídico. Y lo es por varias razones, tanto por una tendencia natural de la mente, que es la verdad, más fácilmente que en la mentira, encuentra satisfacción de una necesidad ingénita, como por una tendencia natural de la voluntad a la cual la verdad le parece un bien, en tanto que toma la mentira como un mal; y en fin, por que esas tendencias naturales de la inteligencia y de la voluntad están robustecidas en el hombre social, no sólo por el desprecio que siente la sociedad hacia el embustero, sino también por las penas religiosas y civiles que se ciernen amenazantes sobre la cabeza".⁴⁶

En suma, el testigo ha inspirado diversas medidas normativas; reflexiones, y conceptos en la doctrina, en virtud de su valiosa intervención.

El maestro Silva Silva, citando a otros autores expone que "el término testimonio, al igual que testigo, proviene de *testor*, *testari*, *testatus*, que significa proveer, disponer. Según Caravantes, deriva de *testando*, que significa declarar o explicar; según Colín Sánchez, de *testibus*, que significa dar fe a favor de otro; y según Devis Echandía, tanto de *testibus* (dar fe), como de *estando* (narrar o referir)".⁴⁷

En el sentido del Diccionario de la Real Academia Española:

Testigo. (De testiguar.) Persona que da testimonio de una cosa, o lo atestigua. Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa. Cualquier cosa, aunque sea inanimada, por la cual se arguye o infiere la verdad de un hecho.⁴⁸

⁴⁶ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. pp. 394 y 395.

⁴⁷ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. cit. p. 585.

⁴⁸ Cfr. Diccionario de la Lengua Española-Real Academia. Tomo II, Op. cit. p. 1971.

Del anterior concepto, amplio y general, será necesario aclarar que para efecto de nuestro estudio, el testigo sólo puede ser una persona física, capaz de una apreciación sensitiva; es decir, que cuente por lo menos con algún sentido, tales como la vista, oído, olfato, tacto, y gusto.

En un concepto jurídico de testigo, debemos excluir a los objetos inanimados, a las personas morales y expresiones poéticas capaces de poner a Dios como testigo.

No debe dejar de observarse la diferencia que existe entre testigo y testimonio; en lo conducente Florián distingue; "el órgano de prueba es el testigo y el medio de prueba el testimonio".⁴⁹ Para un cabal estudio de ellos, es necesario caracterizar e individualizar a uno y a otro; así, en éste orden de ideas, iniciaremos por el concepto de testigo.

Mittermaier, asegura en sus investigaciones, que por la palabra testigo se designa al individuo llamado a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de un hecho.⁵⁰

Específicamente, para el procedimiento penal, deberá tratarse de un hecho considerado como delito; en este orden de ideas, el maestro Manuel Rivera Silva, expone que el testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. Y más adelante hace la aclaración; el testigo en el proceso, es el que comparece a éste para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con los que se investiga.⁵¹

Se es testigo desde el momento en que acontecen los hechos delictivos y son percibidos por éste; no obstante adquiere mayor relevancia para efectos de la prueba, cuando acude ante la autoridad competente para hablar o referir sobre lo que ha percibido; es decir, el momento en que emite su testimonio.

⁴⁹ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo II, Op. cit. p. 83.

⁵⁰ Cfr. Mittermaier, Op. cit. p. 265.

⁵¹ Cfr. Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. vigesimoquinta edición, Porrúa, México, 1997, p.247.

El testigo, es un órgano de prueba, en cuanto comparece ante el agente del Ministerio Público (averiguación previa) o ante el juez (proceso), a emitir su declaración.

El atestado emitido también se denomina testimonio. Lo declarado, espontáneo o provocado, en una u otra forma es el medio de prueba.⁵²

En opinión de Rivera Silva, el testimonio sólo contiene relación de hechos y nunca puede referirse a apreciaciones, las cuales son de la exclusiva competencia del juez o del perito, a pesar de su valiosa intervención; es posible afirmar, que el testigo no está llamado a opinar en el proceso.⁵³

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS TESTIGOS

La declaración de testigos, ha sido utilizada desde tiempos muy remotos por las antiguas civilizaciones, para arribar al conocimiento de la verdad. Sin embargo, el testigo podría ya desde entonces, actuar de buena fe, aunque afirmando como ciertos, hechos que son erróneos; otras veces actuar de mala fe, por que conociendo la verdad, faltar a la misma conscientemente.

Este peligro de fraude procesal movió a las legislaciones más antiguas a adoptar los mayores recaudos para rodear a la prueba de testigos de sus máximas garantías posibles.

Uno de sus más lejanos antecedentes es la Biblia. El Código Mosaico tiene, al respecto, previsiones que llaman la atención por lo sabias y por lo avanzadas en su época.⁵⁴

⁵² Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 462.

⁵³ Cfr. Rivera Silva, Manuel. Op. cit. p. 249.

⁵⁴ Cfr. Adip, Amado. Prueba de Testigos y Falso Testimonio, reimpresión de la primera edición, Ediciones-Depalma, Argentina, 1995, p. 25.

Proveía, por ejemplo, que el testigo que incurriese en falsedad respecto del delito del que acusaba al sospechoso, sería sometido a la misma pena que le hubiera correspondido al acusado, de resultar culpable.

Así, si se acusaba a un ciudadano de idólatra o de blasfemo (delitos que tenían la pena de muerte), y el acusado resultaba inocente, el falso testigo era condenado a la pena capital.⁵⁵

En materia penal, la Biblia estipulaba que un solo testigo era nulo. Así lo determina expresamente el Antiguo Testamento, en Deuteronomio (19, 15), al decir:

“**Los testigos.** No se hará caso a un solo testigo contra ninguna persona, de ningún delito o crimen, respecto a ninguna transgresión que se cometa. Una acusación no se probará sino por el testimonio de dos o tres testigos”.⁵⁶

El maestro Silva Silva, con relación a este antiguo principio afirma, “este adagio de *testis unus, testis nullus*, es tan antiguo o más que el viejo Derecho Hebreo”,⁵⁷ y cita el mismo libro Bíblico.

Del Derecho Romano, Florián asegura que la prueba por testigos no surgió al mismo tiempo que el proceso penal. Fue menester cierto desarrollo del proceso; se hizo indispensable que este se diferenciara un tanto del proceso civil, y se hizo necesario cierto sentimiento de confianza hacia el prójimo.

Pero una vez superadas las primeras fases del proceso penal, la prueba por testigos se infiltra en él, se introduce poco a poco en su desarrollo, lo acompaña en todas sus vicisitudes, se convierte en elemento integrante del proceso y refleja, en su estructura, su cambiante expresión.⁵⁸

⁵⁵ Cfr. Idem.

⁵⁶ Sagrada Biblia, traducción del Pbro. Magaña Méndez Agustín, 83ª edición, Ediciones Paulinas, México, 2000, p. 199.

⁵⁷ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. cit. p. 592.

⁵⁸ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo II, Op. cit. pp. 71 y 72.

En Roma el principio de la acusación y la publicidad de los procedimientos habían obligado al legislador a numerosas instrucciones, a propósito de los testigos que tendría derecho de presentar el acusado.

Sobre la credibilidad del testimonio; el debate público hizo también más frecuente la ocasión de apreciar racionalmente las cualidades individuales de los testigos presentados en las causas.

En la perspectiva de Mittermaier, los emperadores se ocuparon a veces en sus Constituciones en dar ciertos detalles sobre la prueba de testigos; la declaración especialmente prueba plena y completa, y del todo suficiente para servir de base a la condena; y aún decidieron formalmente que el juez no podía pronunciarla sobre la declaración de un solo testigo.⁵⁹

Entre los pueblos germánicos, el testimonio tuvo que superar graves obstáculos, pues el espíritu de arrogancia, de autonomía, de dignidad personal, que con exceso florecía en aquellos pueblos, hacía preferir el juramento.

Sin embargo, en "las prácticas y el espíritu del proceso penal germánico... se incubaban los gérmenes que más tarde habían de dar desarrollo a la prueba por testigos. En efecto, los que, en calidad de parientes o amigos del acusado, asistían al juramento de éste y daban fe acerca de la verdad de lo que en él se decía, saliendo garantes de lo dicho (*sacramentales, conjuradores, compurgadores, Eideshelfer [co-jurantes]*, etcétera), poco a poco se transforman y se convierten en testigos propiamente dichos (*de credulitate*)".⁶⁰

En Francia, en el siglo XII, la prueba por testigos elimina y substituye el duelo judicial, especialmente en los casos más graves, como lo comprueba la Ordenanza Francesa de 1260 que declara que debe substituirse la prueba por testigos al duelo, en relación con todos los crímenes en que haya peligro de perder la vida o un miembro.⁶¹

⁵⁹ Cfr. Mittermaier. *Op. cit.* p. 273.

⁶⁰ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo II, *Op. cit.* p. 72.

⁶¹ Cfr. *Idem*.

De esta suerte, las fases posteriores de expansión de la prueba testimonial señalan poco a poco el desmoronamiento, la decadencia de las pruebas primitivas y bárbaras, a un mismo tiempo la formación de pruebas racionales y más adecuadas al fin del proceso. El florecimiento de las pruebas testimoniales desempeña, pues, una función de verdad y humanidad, y, por lo mismo, de progreso dentro de la evolución del sistema probatorio, pues que lleva el proceso hasta las verdaderas fuentes de la vida individual y social.⁶²

2.3. CLASIFICACIÓN DE LOS TESTIGOS

En la doctrina, se han realizado diversas clasificaciones, sin embargo, la que realiza el maestro Eduardo Pallares, merece especial atención cuando afirma que los testigos pueden dividirse en dos grandes grupos, los llamados instrumentales y los que declaran en el juicio para dar origen a un medio de prueba. Son los testigos judiciales.

A) Testigos instrumentales.- Son los que la ley exige para la validez e incluso la mera existencia de un acto jurídico, que se lleve a efecto ante la presencia de determinado número de testigos, a fin de dar al acto autenticidad.⁶³

Domínguez del Río, respecto de los testigos instrumentales, "alude en Derecho Notarial a quienes por disposición de la ley asisten a la redacción de un testamento público abierto. Para acreditar la identidad o idoneidad de las personas en la consumación de las actas del estado civil exige la ley civil la intervención de dos testigos por lo menos y en la efectuación del matrimonio dos por cada contrayente".⁶⁴

En los citados casos, la presencia de esos testigos y su firma son elementos constitutivos del acto jurídico que se celebra. Por tal razón, se llaman instrumentales. De ese requisito se ocupa la ley substantiva y no la procesal.

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 73.

⁶³ Cfr. Pallares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, décima edición, Porrúa, México, 1983, p. 409.

⁶⁴ Domínguez del Río, Alfredo, Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, primera edición, Porrúa, México, 1977, p. 231.

B) Testigos judiciales.- Estos han sido, a su vez clasificados de la siguiente manera:

1.- Testigos directos.- Los que presenciaron personalmente el hecho o los acontecimientos sobre los que deberán declarar, o bien los que tuvieron participación directa. Es decir, que por si mismos conocen el dato que suministran.

2.- Testigos indirectos o de referencia.- Son los que el dato que suministran les consta por inducción o por referencia (*testigos de oídas*). En el testigo indirecto, lo único que le consta directamente es la referencia pero no el dato contenido en ésta.⁶⁵ Es decir, es testigo directo de la referencia e indirecto del contenido de ésta.

Sobre el particular, Hernández Pliego sostiene que debe tenerse presente en nuestro medio, aunque no está vedada legalmente, si está desvalorada la declaración del llamado "*testigo de oídas*".

3.- Testigos únicos.- Aquéllos como su nombre lo indica, cuyas declaraciones no están confirmadas por el dicho de otra persona. Sus declaraciones, son únicas cuando en torno al hecho sólo hay una declaración.

4.- Testigos singulares.- Son singulares, cuando a pesar de existir varias declaraciones, no son contestes; es decir. No declaran lo mismo.⁶⁶

A su vez, existen distintas clases de singularidad; que, en cuanto a sus declaraciones se subclasifican en contradictorias, diversificativas y acumulativas.

a) Contradictorias o adversativas.- También conocidas como obstativas; y consisten en que las declaraciones son contrarias respecto de un mismo hecho o en la substancia de lo declarado.

⁶⁵ Cfr. De la Cruz Agüero, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano, segunda edición, Porrúa, México, 1996. p. 363.

⁶⁶ Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto. Op. cit. p. 586.

b) Diversificativas.- Existe cuando los testigos declaran sobre hechos diversos que ni se excluyen los unos a los otros ni se complementan.

c) Acumulativa o adminiculativa.- Cuando los testigos declaran sobre hechos diversos, pero que lejos de excluirse se complementan.⁶⁷

5.- Testigos acordes o contestes.- Son aquéllos que coinciden en la substancia y en los accidentes del hecho sobre el que deponen.

6.- Testigos de cargo y de descargo.- Son de cargo aquéllas que apoyan el hecho u hechos en que se funda la pretensión del acusador; y de descargo, las que apoyan los hechos en que se funda la defensa, o que contrarian a los de la acusación.⁶⁸

7.- Testigos hábiles.- Entre habilidad en el testigo para declarar y capacidad del mismo, puede haber una diferencia. La habilidad en nuestra época, está fuera de toda discusión. Pero respecto de su capacidad pueden surgir cuestiones fundadas en su estado físico o mental: miopía, sordera, imbecilidad, incultura, estados de interdicción, esquizofrenia, niñez, decrepitud, etcétera; ante estas situaciones, entendemos que la declaración debe ser recibida, puesto que no será posible prejuzgar sobre las luces que puedan arrojar en la averiguación y más cuando en el acto de la sentencia habrá de ser valorada.

8.- Testigos inhábiles.- En materia penal específicamente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el Código Federal de Procedimientos Penales, no existe disposición que defina, que señale o precise cuáles testigos son inhábiles, ya que la regla general que se establece es la de que tal persona es hábil para comparecer en juicio como testigo, siempre que su dicho pueda arrojar alguna luz sobre los hechos que se investigan.

⁶⁷ Cfr. Pallares, Eduardo. Op. cit. pp. 409 y 410.

⁶⁸ Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto. Op. cit. p. 587.

9.- Testigos judiciales.- Los que han declarado dentro de un proceso sobre determinados hechos. Es decir, que emitan su testimonio ante el órgano jurisdiccional.

10.- Testigos extrajudiciales.- Los que tengan conocimiento de determinados hechos relacionados con un juicio o causa penal. Es decir, que ha pesar de ese conocimiento, aún no han emitido su testimonio ante el órgano jurisdiccional.⁶⁹

11.- Testigo de apremio.- El que no acude espontáneamente a la citación, sino que es llevado ante el tribunal por la fuerza pública.

12.- Testigo ocular.- Es aquel que declara en el proceso sobre hechos que conoció por su sentido de la vista, es decir que presenció tales hechos.

13.- Testigo de buena conducta.- Es la persona que comparece a manifestar ante el juez que le consta la buena conducta precedente del inculpado respecto del hecho que se le imputa.

Es decir, el contenido de su testimonio versará sobre "la conducta generalmente observada por el probable autor del delito, antes de su ejecución; igualmente la del sujeto pasivo, cuando se trata de acreditar el buen o mal comportamiento de alguien".⁷⁰

En otras ocasiones el testimonio versará sobre algún objeto, y para esos fines, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 209), y en el Código Federal de Procedimientos penales (artículo 251) se ordena: "...después de interrogar al testigo acerca de las señales que caracterizan dicho objeto, se le mostrará para que lo reconozca y firme sobre él, si fuere posible". Y si el contenido del testimonio da cuenta sobre el lugar o lugares, siendo así, el testigo podrá ser conducido a él para que haga las explicaciones convenientes.

Por último, podrán los testigos aportar otras referencias, tales como la identificación de los delinquentes o la de su escondite y cuando no pueda identificarse de otra manera un cadáver encontrado y que muestre signos de muerte violenta, se recurre también a testigos.⁷¹

⁶⁹ Cfr. De la Cruz Agüero, Leopoldo. Op. cit. pp. 363 y 364.

⁷⁰ Colln Sánchez, Guillermo. Op. cit. pp. 469 y 470.

⁷¹ Cfr. Cabanellas, Guillermo. Op. cit. Tomo VIII, p. 80.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA

Díaz de León, sobre el particular afirma que “la naturaleza jurídica de este medio se determina por su propia esencia es decir, que pertenece a aquella clasificación de pruebas denominadas como personales y que son, precisamente, la testimonial, la pericial, y la confesional; por provenir de la voluntad del hombre y producir efectos procesales en la instancia, se trata de un acto procesal; por lo tanto, y para diferenciarla de la documental, constituye un acto y no un negocio jurídico, dado que se trata de una mera comunicación de hechos que se exponen tal como el testigo los percibió”.⁷²

Por regla general, todo aquel que haya atestado algo, en relación con los hechos delictivos investigados, tiene la obligación de declararlo ante la autoridad, tal como lo ordena el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 191:

Artículo 191.- Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes, y además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

Del artículo transcrito, el maestro Barragán Salvatierra hace el siguiente análisis: “Al omitirse la palabra “obligación” respecto al testigo, sustituida por “deberá ser examinado”, queda incierto si es una obligación o una facultad el rendir testimonio, por lo menos en lo referente a la ley adjetiva del Distrito Federal, caso contrario con lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales en su numeral 242, al señalar la obligación de declarar toda persona que tenga conocimiento de un hecho que esté en investigación”.⁷³

⁷² Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo II, tercera edición, Porrúa, México, 1997, p. 2553.

⁷³ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. pp. 396 y 397.

En el mismo sentido se pronuncia el maestro Colín Sánchez, cuando cita a Manzini al referir "que dicho deber es personalísimo, no admite sustitución o representación, por que si así fuera, no operaría en ninguna forma el aspecto psicológico, elemento fundamental para valorar debidamente este medio de prueba".⁷⁴

Tal obligatoriedad de testificar obedece al interés general de perseguir y castigar a los autores del delito; es decir es un deber jurídico; cuando no se cumple con lo dispuesto expresamente en la ley, el omiso se hace acreedor a las sanciones previstas.

Al respecto, el Código Penal para el Distrito Federal, establece:

Artículo 182.- El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de 10 a 30 días multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de 30 a 90 días multa.

En el Código Penal Federal, la redacción y el numeral resultan ser idénticos.

Con relación al tipo penal transcrito, el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo opina que "es aplicable a quienes, no siendo acusados, son en general llamados a prestar declaración ante los tribunales judiciales, y en especial es aplicable a los testigos".⁷⁵

La obligación de los testigos, no se agota con la presencia de estos ante la autoridad, sino hasta en tanto rinden su declaración misma que atendiendo a las pretensiones legales, debe ajustarse a la verdad so pena de cometer delito; como se observa en el Código Penal para el Distrito Federal, establece en el **Artículo 247, fracción I, párrafo tercero**: Comete el delito de falsedad en declaraciones:

A quien con el propósito de inculpar o exculpar a alguien indebidamente en un procedimiento penal, ante el Ministerio Público o ante la autoridad judicial, simule pruebas o declare falsamente en calidad de testigo o como denunciante, además de la multa que se refiere el primer párrafo, será sancionado con pena de 4 a 8 años de prisión si el delito materia de la averiguación previa o del proceso no es grave, y con 5 a 10 años de prisión si el delito es grave.

⁷⁴ Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 462.

⁷⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, vigesimosegunda edición, Porrúa, México, 1999 p. 466A.

Por su parte, el Código Penal Federal conserva vigente hasta el momento la antigua redacción del artículo 247, que establece el tipo penal del delito de falsedad de declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad pública distinta de la judicial.

Respecto de tal delito, el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo considera que la declaración puede ser oral o escrita. Pero requiere ser rendida bajo la protesta de decir verdad. Y a su criterio, es un delito en el que no es configurable la tentativa. Se consuma en el momento de cerrarse el acto con la lectura y ratificación del acta respectiva; hasta ese momento cabe ratificar lo asentado en el acta, sin que la posterior retractación destruya la acción consumativa del delito.⁷⁶

Es oportuno destacar que la declaración de testigos no solamente contiene una serie de obligaciones para estos; sino también para las autoridades. De forma tal como lo establece nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, fracción V; que en criterio del Doctor Jorge Alberto Mancilla Ovaldo, "establece el deber procesal del Ministerio Público o del juez, de examinar a los testigos presentes, en su jurisdicción territorial, que las partes ofrezcan como prueba".⁷⁷

Respecto a los testigos ausentes, podrán examinarse si al ofrecerse la prueba testimonial, se ofrecen los elementos necesarios para su desahogo, como son el señalar el domicilio donde se le puede notificar al testigo, del lugar donde residiere, pidiendo que se gire requisitoria o exhorto según sea el caso, al tribunal del lugar donde se encuentre, para que auxilie a recibir el testimonio.

Aunque actualmente casi todas las personas pueden ser testigos, Silva Silva explica que en la antigüedad la ley establecía causas de incapacidad e incompatibilidad, por ejemplo el perjurio, el falsificador, los ladrones, homicidas, herejes, los muy pobres, el moro o el judío contra cristiano, las meretrices, los luchadores y los menores, etcétera.⁷⁸

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 653.

⁷⁷ Mancilla Ovaldo, Jorge Alberto. Breve Estudio Sobre las Pruebas en el Juicio Penal Federal. primera edición, Porrúa, México, 1996, p. 37.

⁷⁸ Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto. *Op. cit.* p. 588.

Con relación a la capacidad para ser testigo; en el Derecho Mexicano, de otros tiempos se establecieron expresamente, tanto causas de incapacidad como de incompatibilidad y el antecedente histórico más cercano lo encontramos en el "Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales" expedido del 6 de julio de 1894 por el entonces Presidente de la República General Porfirio Díaz, que en su numeral 154 estableció:

"Artículo 154.- No serán admitidas como testigos las personas de uno y otro sexo que no hayan cumplido los catorce años, ni las que hayan sido condenadas en juicio criminal, por delito que no sea político, a cualquiera de las penas siguientes: muerte, prisión extraordinaria, suspensión de algún derecho civil o de familia, suspensión, destitución o inhabilitación para algún cargo, empleo u honor, o en general, para toda clase de empleos, cargos u honores, y sujeción a la vigilancia de la autoridad política. Sin embargo, cuando las circunstancias de la causa lo exigieren por haber sido cometido el delito en una cárcel o sin más testigos que los mismos condenados a alguna de las penas referidas, podrán ser admitidos como tales testigos.

En los demás casos, los comprendidos en el párrafo primero de este artículo, serán examinados:

- I. Si ninguna de las partes se opusiere;
- II. Si aun cuando haya oposición, el Juez cree necesaria su declaración para el esclarecimiento de los hechos; pero en tal caso se hará constar esta circunstancia, y especialmente cuando el examen del testigo se verifique ante un Jurado.

No podrán tampoco ser examinados contra su voluntad como testigos, los que hayan intervenido o estén interviniendo en la causa como defensores, agentes del Ministerio Público, secretarios, jueces, asesores, jurados o magistrados".⁷⁹

⁷⁹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, expedido el 6 de julio de 1894, Editorial Herrero Hermanos Sucesores, con comentarios del Licenciado Eduardo Pallares, México, 1924, pp.45 y 46.

Promulgada la Constitución de 1917, alteró las bases del enjuiciamiento penal mexicano; sin embargo, no fue sino hasta el 7 de octubre de 1929, siendo Presidente de la República el Licenciado Portes Gil cuando fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el “Código de Organización, Competencia y Procedimiento en Materia Penal para el Distrito”, que en su numeral 358 y 360 ordenó:

Artículo 358.- Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes deberá ser examinada como testigo siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de sus testimonios se aquilatará en la sentencia.

Artículo 360.- En materia penal no puede oponerse tacha a los testigos, pero, de oficio o a petición de parte, el juez hará constar en el proceso todas las circunstancias que influyan en el valor probatorio de los testimonios.

Como puede apreciarse en los artículos transcritos son substancialmente retomados y reemplazados por el vigente de procedimientos penales en los artículos 191 y 193.

Por último, también puede observarse que como vestigio de la norma procesal citada de 1894, el actual y vigente artículo 255, fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal aún establece: ...“Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en este código”, que aún en nuestros días es motivo de polémica entre los autores tales como Oronoz Santana, quien señala “choca con el principio generalizado en la misma ley que indica que no existe causa para tener a alguien como inhábil, y sólo por causas de sana lógica es cuando se impide declarar a los locos, idiotas o menores que apenas comienzan a darse a entender, que hayan visto los hechos”.⁸⁰

Sin embargo, actualmente se reconocen algunas excepciones a la obligación de declarar como testigos, que se fincan, no en la falta de capacidad, sino en la moral necesaria que debe imperar en todos los órdenes.⁸¹

⁸⁰ Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, quinta reimpresión, Editorial LIMUSA, México, 1997, p. 145.

⁸¹ Cfr. Colln Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 465.

En el criterio del maestro Hernández Pliego, las excepciones son:

- a) Respecto del inculpado, no se obligará a declarar 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 su tutor, curador, pupilo o cónyuge, como tampoco a los que tengan con él lazos de amor, respeto, cariño o estrecha amistad.
- b) Los obligados a guardar el secreto profesional. En este supuesto, no sólo los alcanzará la excepción, sino que para el caso de revelar el secreto, se harán reos del delito respectivo.
- c) Los diplomáticos extranjeros y demás personas que disfrutan de la inmunidad diplomática o consular, de acuerdo con la Sexta Conferencia Internacional Americana, suscrita en La Habana, Cuba, el 20 de Febrero de 1928 y por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de Abril de 1961.
- d) Naturalmente los infantes que no tengan aún la capacidad de expresarse⁸² y
- e) Los sordos, mudos, y así como los que se manifiesten en lenguaje distinto del castellano a quienes, para salvar la excepción, habrá de nombrárseles un intérprete.

Las incompatibilidades suelen darse en razón del cargo que desempeña el sujeto; o bien por su calidad personal.

De los integrantes de la relación procesal, el agente del Ministerio Público y el juez, aun dotados de capacidad, no deben de asumir el doble papel de funcionarios y testigos, por la incompatibilidad manifiesta entre sus atribuciones legales y la función de estos últimos. El perito tampoco es testigo, ya que éste únicamente narra la experiencia adquirida fuera del proceso.⁸³

⁸² Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. p. 198.

⁸¹ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 465.

CAPÍTULO III DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN A TESTIGOS

3.1. Estados Unidos de América

3.2. Europa

3.3. América Latina

La imperativa necesidad de luchar eficazmente contra las manifestaciones más graves de la criminalidad, como es el caso específico de la delincuencia organizada ha conducido a diversos países ha implementar nuevos instrumentos jurídicos.

Y para hacerlo de una manera eficiente; en un marco legal, "porque toda delincuencia tiene que ser combatida con el arma de la ley -no se puede actuar contra el delito cometiendo delitos-, la autoridad tiene que ceñirse a ese marco normativo, el cual debe ser adecuado y conveniente para el fenómeno que va a combatir".⁸⁴

A lo largo de los años, países con mayor desarrollo industrial sufrieron embates de delincuencia organizada; "unos por razón del terrorismo, los casos de la ETA de España, las Brigadas Rojas en Italia; otros de delincuencia mafiosa en Estados Unidos de América y también en Italia, en fin, distintos fenómenos como los que se produjeron también con el terrorismo en Gran Bretaña, con motivo del conflicto de Irlanda, e incluso en Alemania con aquella organización *Boarder Meinhof*, que sembró el terror en el territorio alemán",⁸⁵ y los últimos atentados terroristas acontecidos en Nueva York, sólo por nombrar algunos casos.

Por esto se generaron respuestas jurídicas que pronto enfrentaron un hecho; muchas veces, la ley establecida como garantía para proteger al ser humano que delinque y está sujeto a un proceso, se convertía en un instrumento que usaban los delincuentes para favorecerse.

Así fue necesario poner un límite, establecer una modalidad a la garantía general para que ésta no se convirtiera en un arma usada por la delincuencia organizada en contra de la sociedad.

En cada país se tuvo que actuar de distinto modo en razón de sus propias experiencias. Sin embargo, por motivos de brevedad evidente de ésta investigación no se abordará en forma directa todos y cada uno de los nuevos instrumentos jurídicos o medidas implementadas en la lucha contra la delincuencia organizada; sino, solamente a una de ellas conocida como protección a testigos.

⁸⁴ Andrade Sánchez, Eduardo. Reforma Constitucional y Penal de 1996, primera edición, UNAM-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 1996, p. 9.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 10.

3.1 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Entre otras medidas específicas en contra de la criminalidad organizada en Estados Unidos de América; existen, ciertas "fórmulas de negociación para obtener mejores pruebas contra el crimen organizado",⁸⁶ que ha saber han tomado dos caminos procesales bien definidos:

A.- La declaración de culpabilidad en el Derecho Estadounidense.

B.- La concesión de inmunidad a testigos.

A.- Declaración de culpabilidad. Ésta constituye una forma de concluir los juicios sin necesidad de llegar a una sentencia y ella le puede producir -a quien la acepte- el beneficio de obtener una disminución de la condena o la sustitución de la pena de prisión por otra en la que no se afecte su libertad.

La esencia de ésta declaración denominada en idioma inglés *Plea bargaining* que en ocasiones, se traduce como "alegación precordada", consistente en una negociación entre el acusado, a través de su abogado, y el Fiscal.⁸⁷

El Fiscal, puede ofrecer distintas concesiones, según la naturaleza del delito por el que se acusa a quien se declare culpable o la importancia de la información que pueda obtener de él para actuar contra otros delincuentes.

Algunas de las opciones que puede ofrecer el Fiscal son:

- 1.- Archivar alguno o algunos de los expedientes abiertos contra el acusado;
- 2.- No formular o desistirse de alguno o varios cargos;

⁸⁶ Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, primera edición, UNAM-SENADO DE LA REPÚBLICA, México, 1996, p. 81.

⁸⁷ Cfr. Garner, Bryan A. BLACK'S Law Dictionary, seventh edition, WEST GROUP, U.S.A., 1999, p. 1173.

- 3.- Formular una recomendación al juez sobre la sentencia a imponer; o bien
 4.- Allanarse a la sugerencia hecha por la defensa respecto de la sentencia que debe imponerse.⁸⁸

Cabe aclarar que, formalmente la recomendación hecha por el Fiscal en relación con la sentencia no obliga al juzgador y ello se le hace saber solemnemente al acusado; no obstante, casi siempre el acuerdo establecido por el Fiscal es respetado por el juez.

B.- Concesión de inmunidad a testigos. Otro tipo de negociación puede ser con los testigos; donde centraremos nuestra atención. Así, la denominada *inmunidad a testigos*,⁸⁹ se otorga con el propósito de obtener testimonios en contra de la criminalidad organizada, los Fiscales Federales de los Estados Unidos de América tienen la capacidad para ofrecer inmunidad a personas que aun habiendo estado involucradas en la comisión de delitos, acepten testificar contra los miembros de la organización y particularmente contra los cabecillas.

El investigador español Palacio Sánchez-Izquierdo realiza un interesante estudio de las instituciones creadas para la protección a testigos en el derecho comparado, en el que comenta, que "el Fiscal General también puede proporcionar una nueva residencia y otros tipos de protección a la familia directa, o a una persona directamente relacionada con dicho testigo o con dicho testigo potencial, si la familia o la persona pudiera estar en peligro por la participación del testigo en el proceso judicial".⁹⁰

Tal protección a testigos deberá contemplar diversos aspectos; así, el Fiscal General emprenderá las acciones que considere necesarias para proteger a la persona involucrada ante posibles lesiones físicas, y para asegurar la salud, seguridad y bienestar de dicha persona, incluyendo el bienestar psicológico y el ajuste social de dicha persona, en tanto en cuanto exista el peligro para dicha persona, de acuerdo con los criterios del Fiscal General.

⁸⁸ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado*. Op. cit. p. 81.

⁸⁹ Cfr. *United States Code Annotated*. (secciones 6001 a 6005 del título 18), WEST GROUP, U.S.A., 2000, pp. 399-483.

⁹⁰ Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. *Ley de Protección a testigos y peritos*. Revista Estudios de Deusto, segunda época volumen 43/1 Ene-Junio, 1995, Bilbao, España, p. 168.

El mismo autor español realiza un estudio de las principales medidas protectoras que concretamente puede otorgar el Fiscal General:

- a) Proporcionar los documentos adecuados para dar a la persona una nueva identidad o para proteger a la persona de alguna otra manera.
- b) Proporcionar alojamiento a la persona.
- c) Proporcionar el transporte del mobiliario doméstico y otras propiedades personales a la nueva residencia de la persona.
- d) Proporcionar a la persona un sueldo para cubrir los gastos básicos.
- e) Ayudar a la persona a encontrar empleo.
- f) Proporcionar otros servicios necesarios para ayudar a la persona a ser autosuficiente.
- g) Negarse a revelar la identidad o localización de la persona reubicada o protegida, con la excepción de que el Fiscal General, a petición de los Agentes locales o estatales o mediante una orden del Tribunal, deberá revelar a dichos Agentes la identidad, ubicación, archivos criminales y huellas dactilares de la persona reubicada o protegida.
- h) Dispensará la obtención de servicios, materiales y suministros y la renovación y construcción de lugares seguros de los edificios existentes según otras disposiciones legales tal y como se precise para mantener la seguridad de los testigos protegidos y la integridad del programa de seguridad de testigos.⁹¹

El Fiscal General establecerá un sistema de archivos preciso, eficaz y efectivo, relacionado con el historial criminal de las personas a las que se ha proporcionado protección.

Antes de proporcionar protección a cualquier persona, el Fiscal General obtendrá información relacionada con la conveniencia de la persona para la inclusión en el programa, incluyendo el historial criminal, si lo hay, y un examen psicológico de

⁹¹ Cfr. *idem*, p. 169.

la persona que haya proporcionado o proporcionará información o testimonio y del posible riesgo de peligro para otras personas y propiedades de la comunidad donde se supone que se va a reubicar a la persona, y determinará si la necesidad del testimonio de dicha persona supera el riesgo de peligro para el público.⁹²

De entre los criterios de evaluación es fundamental considerar de manera anticipada los costos que generarían el ingreso de alguna o algunas personas al programa de protección a testigos. Es exigible también para ingresar al programa exista un indicio claro de que la vida del testigo esta o estará en peligro como resultado de su testimonio, por lo que no hay otra alternativa más que sea incluido en el programa; por ejemplo, que el testigo sea capaz de proporcionar un testimonio importante y único.⁹³

Uno de los principios aplicados es el de la consideración comparativa del mal causado por alguien cuya conducta delictiva es menos grave, respecto de otro de mayor gravedad o de mayor impacto social o peligrosidad. Podríamos decir que se aplica el principio del "mal menor", ya que resulta preferible no procesar a quien ha delinquirido en menor escala si a cambio se logra la captura y condena de criminales de mayor rango.

Hecha esta valoración, el Fiscal General puede conceder inmunidad respecto de delitos concretos a aquel que va a cooperar como testigo para poder procesar a otro u otros criminales cuya condena se considera de mayor importancia para la sociedad.

Existe una versión limitada de la inmunidad que se conoce como *use immunity*. En este procedimiento se pretende eliminar el obstáculo que significa la prohibición de autoincriminación según la cual una persona puede negarse a declarar si de tal declaración resulta una acusación contra si mismo. El Fiscal General, entonces puede solicitar al juez que obligue al testigo a declarar y a éste se le garantiza que cualquier información que él proporcione o que se derive de su testimonio no podrá ser empleada para formular cargos contra él.⁹⁴

⁹² Cfr. *Idem*.

⁹³ Cfr. Finn, Peter. Preventing Gang and Drug-Related Witness Intimidation, National Institute of Justice, U.S.A., 1996, pp. 33-68.

⁹⁴ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, Op. cit. p. 82.

Este tipo de inmunidad está regulada legislativamente por el Congreso y su finalidad es la de obtener pruebas en materia de delincuencia organizada.⁹⁵

Antes de proporcionar protección a cualquier persona, el Fiscal General tomará parte en un "memorándum de acuerdo" con dicha persona. Cada "memorándum de acuerdo" establecerá las responsabilidades de esa persona. Este documento incluye principalmente:

- a) El acuerdo de esa persona, siendo un testigo o un testigo potencial, para testificar y proporcionar información.
- b) El acuerdo de no cometer ningún delito.
- c) El acuerdo de la persona a tomar todas las medidas necesarias para evitar averiguaciones debidas a otros factores relacionados con la protección proporcionada.
- d) El acuerdo de la persona para cumplir con las obligaciones legales y sentencias civiles contra la misma.
- e) El acuerdo a cooperar en todas las peticiones razonables de los oficiales y empleados del Gobierno que le estén proporcionando protección.
- f) El acuerdo a efectuar una declaración jurada de todas las obligaciones legales principales incluyendo las obligaciones relacionadas con la custodia y visita de los niños.
- g) Si la persona está en libertad condicional o libertad vigilada de conformidad con la ley estatal, deberá consentir la vigilancia federal.
- h) El acuerdo de informar regularmente al oficial del programa de las actividades y de la dirección actual de dicha persona.⁹⁶

Por último, el Fiscal General puede finalizar la protección proporcionada a cualquier persona que quebrante el "memorándum de acuerdo" realizado entre el Fiscal General y la persona.

⁹⁵ Cfr. Idem.

⁹⁶ Cfr. Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. Op. cit. pp. 170 y 171.

3.2 EUROPA

La imperante necesidad de ofrecer protección a los testigos especialmente amenazados es un sentimiento generalizado en Europa. En tales casos, el problema básico a resolver es cómo brindar las necesarias garantías al testigo sin que ello suponga un decaimiento del derecho de defensa. Cuestión, pues, de límites no siempre fácilmente definibles.

Con el objeto de ahondar en el tema de la protección a testigos, es importante apoyarse en algunas legislaciones que sirvan como referencia al tema, con ese motivo se consultó el marco normativo de España, Italia, y la Unión Europea.

ESPAÑA

La legislación española no había previsto la adopción de medidas tendentes a prevenir o contrarrestar los efectos de la intimidación de testigos. No obstante se dio a la tarea legislativa de “salvaguardar la integridad de quienes cumplen con el deber constitucional de colaborar con la justicia (artículo 118 de la Constitución Española) y, por lo tanto, tienen derecho, igualmente que cualquier otro justiciable, a una efectiva tutela judicial”.⁹⁷

El investigador español Palacio Sánchez-Izquierdo, considera que es una tarea por demás “difícil, ya que una Ley de esta naturaleza ha de conseguir un punto de equilibrio, altamente inestable, entre los derechos fundamentales de testigos y peritos (vida, integridad, libertad, seguridad, etcétera), y el derecho del reo a un juicio con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución Española)”.⁹⁸

Por razones de obligada brevedad centraremos nuestro estudio en el examen de la “**Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales**”, aprobada el día 23 de diciembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24

⁹⁷ Andrade Sánchez, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado*, Op. cit. p. 131.

⁹⁸ Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. Op. cit. p. 168.

de diciembre de 1994.

La citada Ley, en su *Exposición de Motivos* expresa:

“El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación regulado en el artículo 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los artículos 2 y 3, contiene el artículo 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial”.⁹⁹

Artículo 1.

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.
2. 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 sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Del texto transcrito, Palacio Sánchez-Izquierdo señala; “se desprende del artículo 1.1 de la Ley que sus disposiciones serán aplicables en cualquier tipo de proceso penal, siempre y cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo segundo de dicho precepto. No existe, pues, limitación “*ratione materiae*”. Ello implica que se hallan comprendidos tanto los procesos por delito o falta, corresponda su enjuiciamiento a la Jurisdicción Criminal ordinaria, a la Militar, o a los Jueces de menores”.¹⁰⁰

Respecto de las personas protegidas, el artículo 1.1 de la Ley circunscribe su radio de acción protector exclusivamente a quienes intervinieren en una causa penal en calidad de testigos o peritos; ello implica, que no podrá acogerse a las medidas protectoras el cóculpado “arrepentido”.

⁹⁹ Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, Boletín Oficial del Estado (NÚM. 307), 24 de diciembre de 1994, España, pp. 9689 y 9690.

¹⁰⁰ Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. Op. cit. p. 207.

En consecuencia, la procedencia o no de otorgar las medidas protectoras queda garantizada por la intervención del Poder Judicial, para evitar abusos y corruptelas. Bien entendido que contra tal decisión judicial, concediendo o denegando la protección solicitada, cabrán los recursos pertinentes.

La Ley prevé dos grupos de medidas protectoras sustancialmente distintas:

I.- Las que podrían denominarse procesales o judiciales, contempladas en los apartados a), b) y c), del artículo 2; y

II.- Las que cabría calificar de extraprocesales o gubernativas, que vendrían recogidas en el artículo 3.¹⁰¹

Artículo 2.

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Podrá observarse que el modo en que se acuerden esas medidas protectoras de carácter judicial lo será a medio de auto (artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en el cual el juzgador habrá de pronunciarse motivadamente sobre los

¹⁰¹ Cfr. Ibidem, p. 207.

siguientes extremos:

- 1.- La existencia o no de un peligro grave, en los términos contemplados en el artículo 1 de la Ley, ponderando las circunstancias concurrentes y los derechos en conflicto.
- 2.- Las medidas concretas de protección que hayan de adoptarse, o, en su caso, la improcedencia de las mismas y,
- 3.- La persona o personas que pueden ampararse en ellas, designadas por un número o clave cuando se acuerde preservar su identidad.¹⁰²

Por otra parte, las medidas protectoras extrajudiciales, policiales o gubernativas se recogen en el artículo 3, a cuyo tenor:

Artículo 3.

1.- Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les haga fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2.- A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Es preciso advertir, que el otorgamiento de las medidas protectoras señaladas en el artículo 2 no conlleva necesariamente que a la persona protegida haya de facilitársele también todas las medidas gubernativas señaladas en el artículo 3.

¹⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 210.

En sentido opuesto cabe también la “posibilidad de que no se acuerde el anonimato sumarial pero como contrapartida se brinde protección policial al testigo o perito, o se le otorgue otro tipo de protección prevista en el artículo 3”.¹⁰³

También parece obvio que las medidas protectoras podrán modificarse a lo largo del proceso, en consecuencia con lo que las circunstancias demanden, tal como ordena la Ley en el artículo 4.1.

Artículo 4.

1.- Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2.- Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3.- Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitasen motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellas podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

¹⁰³ Ibidem, p. 213.

Con fundamento en el artículo 4.3, la reserva de nombre y apellidos del testigo o perito puede tomar dos caminos procesales bien definidos:

a).- Se continúe durante todo el juicio con la reserva de nombre y apellidos del testigo o perito; o

b).- A petición de parte y en el momento procesal indicado en esta Ley, el Juez facilite únicamente nombre y apellidos del testigo o perito (pero ningún dato más, como profesión, domicilio, edad, etcétera) y continuar con las otras medidas concedidas por esta Ley (utilizando cualquier artificio que impida su identificación visual).

En relación a estas dos situaciones, Palacio Sánchez-Izquierdo hace un análisis constitucional, y en el primer caso pone de relieve:

1.- Que para acordar ese régimen excepcional es precisa una resolución judicial motivada.

2.- Que el anonimato del testigo o perito lo es frente al acusado, pero no para el Juez Instructor, que habrá de conocer su verdadera identidad.

3.- Que el testigo o perito anónimo deberán declarar ante el Juez Instructor, con lo que éste podrá tener una impresión personal y directa acerca de su credibilidad, y

4.- Que el hecho que durante la instrucción de la causa el testigo o perito sea anónimo y no pueda ser reconocido visualmente, no impide que la defensa pueda interrogarlo (artículo 1: "sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a la defensa").¹⁰⁴

Afirma este autor que no se vulnera el artículo 24 de la Constitución Española (derecho a un proceso con todas las garantías) y se da cabal cumplimiento al artículo 118 de la misma (deber de colaborar con la justicia).

Artículo 118 de la Constitución Española.

Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 211.

Artículo 24 de la Constitución Española.

1.- Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2.- Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia del letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.¹⁰⁵

Por último, el criterio del mismo autor en relación a estas normas constitucionales con el segundo supuesto en el que el juzgador devela el nombre y apellidos del testigo o perito (artículo 4.3), concluye: "Sólo el total anonimato y la imposibilidad de contradicción vicarian de anticonstitucionalidad la prueba así obtenida. La Ley es, pues, respetuosa con los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que rigen el juicio oral. La única limitación de facilitar sólo el nombre y apellidos del testigo o perito y permitir a éste que no se identifique visualmente, son restricciones razonables, amparadas por el principio de ponderación de bienes en conflicto, en unas causas en que el testigo o perito puede correr un grave riesgo. Por similares razones, tampoco sería anticonstitucional que el Juez o Tribunal no facilitase la identidad de los testigos y peritos propuestos y admitidos cuando ello fuese debido a no haber mediado solicitud en tal sentido de las partes en sus escritos de calificación provisional. Lo que la Ley debe ofrecer –y ofrece– a las partes es la posibilidad de conocer la identidad de los comparecientes; si aquellas, por las razones que fuesen, no hacen uso de tal derecho, no podrán invocar luego indefensión".¹⁰⁶

¹⁰⁵ Constitución Española, Ministerio de Asuntos Exteriores-Oficina de Información Diplomática, España, 1996, pp. 30 y 80.

¹⁰⁶ Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. Op. cit. p. 217.

ITALIA

La principal forma de criminalidad organizada en Italia es la mafia y las agrupaciones similares que se han desarrollado en el sur del país. Esto nos motiva a que antes de entrar directamente al estudio de la legislación italiana en materia de protección a testigos y para mejor comprensión de estas medidas, es necesario conocer por un lado el fenómeno mafioso y por otro las medidas adoptadas por el legislador, como es el caso del tipo penal denominado "delito de asociación de tipo mafioso" (*Associazione di tipo mafioso*) establecido en el artículo 416 bis del Código Penal Italiano.¹⁰⁷

Para tales fines resultan de gran relevancia las investigaciones realizadas por el Doctor Eduardo Andrade Sánchez; quien asegura que, la mafia tiene sus orígenes en la Sicilia medieval como sociedad secreta nacida en el siglo XIII para resistir pasivamente las sucesivas ocupaciones extranjeras. El fenómeno moderno de la mafia aparece en Italia desde el siglo XIX. Surge de los grupos de personas encargadas de cuidar extensas propiedades rurales en la región meridional. Estas personas dotadas de armas por los terratenientes, fueron gradualmente dedicándose a actividades de extorsión y obteniendo beneficios de las amenazas en contra de los pobladores, al tiempo que ampliaban sus campos de actividad ilícita.

Estas organizaciones se expandieron hacia el extranjero y sus rasgos principales son: una fuerte jerarquización a partir del mando de un jefe o *capo* que asigna funciones y distribuye beneficios entre los miembros del grupo, así como el carácter secreto de la pertenencia a la organización, característica que en italiano se denomina "*omertà*". La violación del deber de guardar secretos es castigada mediante las formas más crueles de tormento, el cual culmina con la muerte.¹⁰⁸

En la década de los ochenta se incrementó la acción de las fuerzas policiales italianas contra la delincuencia organizada.

¹⁰⁷ Código Penal, Annotazi e Coordinamenti a Cura di Mario Abate, dodicesima edizione, Casa Editrice LA TRIBUNA, Italia, 2000, p. 812.

¹⁰⁸ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, Op. cit. p.101.

En esos años fue célebre la actividad del juez Giovanni Falcone, quien dirigió una verdadera cruzada contra las actividades mafiosas que amenazaban a las instituciones italianas y habían vuelto comunes los homicidios de testigos, magistrados e investigadores dedicados a combatir la criminalidad organizada. Finalmente el propio Falcone cayó muerto víctima de un atentado con explosivos, en Palermo, organizado por la mafia.

La sistematización de las investigaciones en esta materia hizo posible detectar la existencia de una organización criminal específica denominada: *Cosa Nostra*.

La *Cosa Nostra* se caracteriza por ser una asociación formal y secreta con reglas rigurosas de conducta, organismos rectores permanentes y una repartición clara de las tareas entre sus integrantes. Esta organización se desarrolló en la isla de Sicilia y sobre su modelo tomaron forma otras agrupaciones criminales, como la *'ndrangheta* (típica de Calabria), la *Camorra* de la región de Campania y en tiempos más recientes la *Sacra Corona Unita* (con base en la región Apulia).¹⁰⁹

La complejidad y la extensión de los grupos o *familias* que configuraban la mafia; la clandestinidad en la que actúa, el temor que infunde mediante la intimidación a sus propios miembros y a aquellos a quienes hace víctimas de sus acciones delictivas dificultan enormemente la persecución de este tipo de delincuencia. Asimismo la existencia de un orden jerárquico y el secreto que deben mantener sus miembros hace, en ocasiones, prácticamente imposible llegar a los verdaderos cabecillas, de ahí que no basten los instrumentos legislativos diseñados en contra de la delincuencia común para conseguir el desmantelamiento efectivo de estas organizaciones.

A los rasgos intrínsecos ya mencionados, hay que añadir el relativo a la dimensión económica del grupo, consistente en el dominio de actividades lucrativas, algunas incluso legales, lo cual les da una gran capacidad para penetrar mediante la corrupción a los organismos represivos del Estado e incluso a los ámbitos de funcionarios administrativos y de políticos a diversos niveles.

¹⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, p 102.

La mafia tiene así dos poderosos instrumentos de control: la fuerza que infunde temor y el dinero que compra voluntades.

La evolución jurídica del combate a la mafia en Italia se inicia con el reconocimiento de la existencia real de estas organizaciones, el estudio y conocimiento de sus características propias. Así fue elaborado el concepto de *asociación de tipo mafioso* que tipificaron en su Código Penal a partir del año 1992, ante la situación de impotencia en que quedaba colocada la autoridad ante la imposibilidad de penetrar las organizaciones criminales que hemos venido describiendo.

Con el fin de definir la figura de la *asociación de tipo mafioso* será útil citar la traducción del Doctor Eduardo Andrade:

Artículo 416 bis. (Código Penal Italiano).- Esta asociación requiere de un mínimo de tres miembros y cualquiera que forme parte de ella será castigado por ese solo hecho, con pena de tres a seis años de prisión.

Los promotores, dirigentes u organizadores recibirán una pena de cuatro a nueve años.

Esta asociación se define en función de que quienes forman parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo o de la condición de sujeción o secrecía que deriva de la comisión de delitos para adquirir, de modo directo o indirecto, la gestión o el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones para prestar servicios públicos o para obtener provechosos o ventajas injustas para sí o para otro o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otro con motivo de un proceso electoral.

Si la asociación es armada se aplican de cuatro a diez años a los miembros y de cinco a quince años a los organizadores o dirigentes. La asociación se considera armada cuando los participantes dispongan de armas u explosivos para la consecución de la finalidad de la asociación, aunque dichas armas o explosivos estén ocultos o se tengan en un depósito.

Se prevé también la confiscación de las cosas que sirven o sean destinadas a la comisión del delito y los productos o provechos obtenidos, así como la anulación de las licencias, permisos o concesiones obtenidas por ese medio.

Las disposiciones del presente artículo se extienden también a la *Camorra* y a todas las otras asociaciones con distintas denominaciones locales que, valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo, persigan propósitos correspondientes a aquellos de las asociaciones de tipo mafioso.

Del artículo transcrito el Doctor Eduardo Andrade hace los siguientes comentarios: "debe reconocerse que dicha tipificación resulta extensa y en ocasiones vaga, pero ha respondido a una necesidad histórica de la sociedad italiana para enfrentar un problema que la ha venido corroyendo a lo largo de los años".¹¹⁰

En otra de sus obras, el mismo autor expresa: "Es quizá uno de los delitos más extraños en la tipificación internacional ya que se considera, además la condición de sujeción o secrecía, que deriva del propio vínculo ...algo más difícil de probar que el secreto, pues parecería imposible".¹¹¹ Sin embargo, explica él mismo que los italianos lo prueban con las suposiciones derivadas de la fama pública, de las acciones anteriores cometidas por miembros de la organización.

Por lo anterior expuesto, podremos comprender la urgente necesidad de los legisladores italianos de brindar protección a los testigos y a los arrepentidos (*pentiti*) o colaboradores de la justicia.

Los segundos han constituido un factor muy importante en la lucha contra la criminalidad organizada. "Este sistema empezó a aplicarse a fines de los años setenta mediante una legislación que disminuía considerablemente las penas a quienes colaborasen con las autoridades para dismantelar las organizaciones criminales. Originalmente se aplicó en el combate contra el terrorismo y en virtud del éxito que arrojó esta política se decidió extenderla hacia otras formas de delincuencia organizada".¹¹²

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 105.

¹¹¹ Andrade Sánchez, Eduardo. Reforma Constitucional y Penal de 1996. Op. cit. p. 22.

¹¹² Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. Op. cit. p. 112.

La protección a testigos en Italia, como en otros países, es uno de los instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia organizada. Italia ha establecido un programa de protección a testigos que aportan datos para la captura y enjuiciamiento de los participantes en organizaciones criminales y, sobre todo, de aquellos que pertenecen a las jerarquías superiores. Mediante este programa se resguardan al testigo y a sus familiares, se les transfiere a localidades lejanas y, en muchos casos inclusive, se les proporciona una nueva identidad.

Durante un tiempo se les sostiene económicamente y se les otorga servicio médico. Se les da apoyo para la educación de sus hijos y se les busca un nuevo trabajo.¹¹³

En Italia, por **Decreto Ley de 15 de enero de 1991** se adoptaron una serie de medidas dirigidas a la protección de testigos que colaboran con la Administración de Justicia y de la cual Palacio Sánchez-Izquierdo¹¹⁴ nos ofrece una traducción de los artículos de más importancia:

Artículo 9:

Primero.- Con respecto a las personas expuestas a peligro grave y real por efecto de su colaboración o de las declaraciones realizadas en el curso de las investigaciones preliminares o del juicio, se pueden adoptar medidas de protección aptas a asegurar su incolumidad, suministrando, cuando sea necesario, la asistencia prevista en las disposiciones del presente capítulo.

Segundo.- Dichas medidas se pueden adoptar también con respecto a los allegados más próximos, los convivientes y las personas que estén expuestas a peligro grave y real a causa de las relaciones que mantienen con las personas indicadas en el anterior apartado primero.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 113.

¹¹⁴ Cfr. Palacio Sánchez- Izquierdo, José Ricardo. *Op. cit.* p. 171.

Es posible partir de la base de que este Decreto Ley en su artículo 9, apartado primero, contiene una doble exigencia:

- a) Exista un peligro grave, y
- b) Sea real.

Y así, puedan ser aplicadas las medidas protectoras establecidas a las personas expresadas, durante lo que ellos llaman investigaciones preliminares, y en nuestro régimen consideramos como averiguación previa y en lo restante del juicio.

Artículo 10:

Primero.- Según lo previsto por las normas ya en vigor, en los casos en que las medidas de protección que puedan ser adoptadas directamente por el Comisario para la Coordinación de la Lucha Contra la Delincuencia de Tipo Mafioso, por la autoridad de Seguridad Pública o, si se trata de una persona detenida, por el Ministerio de Justicia, no se consideran adecuadas para asegurar la incolumidad de los sujetos implicados en el artículo 9 y el peligro se derive de los elementos que los mismos sujetos aportaren o puedan aportar a las investigaciones o al juicio, se puede definir un Programa Especial de Protección que comprenda, si fuera necesario, también medidas de asistencia.

Segundo.- Con Decreto del Ministerio del Interior, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, después de oír la opinión de los Ministros interesados, se constituye una Comisión Central para la definición y aplicación del Programa Especial de Protección, compuesta por un Subsecretario de Estado que la preside, por dos Magistrados con particular experiencia en procesos, por hechos de criminalidad organizada y por cinco funcionarios y oficiales expertos en el sector. Para las tareas de secretaria, la Comisión Central utiliza la Oficina para la Coordinación y la Planificación de las Fuerzas de Policía.

Tercero.- Las medidas de protección y asistencia a favor de las personas admitidas al programa especial previsto en el apartado 1, así como los criterios de formulación del programa mismo y las modalidades de actuación, se establecen por decreto del Ministro del Interior, de acuerdo con el Ministro de Justicia, después de oír las opiniones del Comité Nacional de Orden y Seguridad Pública y de la Comisión Central prevista en el apartado 2.

Cuando éste artículo 10, en su apartado segundo nos habla de dos Magistrados integrantes de la Comisión Central que aplica el Programa Especial de Protección; cabe la aclaración, que el concepto de magistratura en Italia no es igual al concepto conocido en México. Para ilustrar lo anterior, es útil el comentario del Doctor Eduardo Andrade, cuando, durante su estancia en Italia analizó entre otras instituciones a la Dirección Nacional Antimafia y la considera "constituida por un conjunto igualmente especializado de Magistrados que podríamos considerar equivalentes a nuestros Agentes del Ministerio Público. El concepto de magistratura en Italia abarca tanto a los funcionarios que en nuestro régimen consideramos Agentes del Ministerio Público, como a los Jueces".¹¹⁵

Artículo 11:

Primero.- La admisión al Programa Especial de Protección, los contenidos y la duración del mismo, valorados en relación con el riesgo para la incolumidad del sujeto a causa de las declaraciones que ha prestado o que puede prestar, los delibera la Comisión prevista en el artículo 10, bajo propuesta motivada del Fiscal del Estado o bien previo parecer favorable de este mismo, por el alto Comisario para la Coordinación de la Lucha Contra la Delincuencia de Tipo Mafioso o por el Gobernador Civil. En casos de urgencia especial, las medidas necesarias son adoptadas por el Jefe de Policía -Director General de la Seguridad Pública-, quien informa al Ministro.

Segundo.- La propuesta debe contener las noticias y los elementos referentes a la gravedad y actualidad del peligro al que las personas están o pueden estar expuestas por efecto de su elección de colaborar con la Justicia. Asimismo, en la propuesta se deben indicar las eventuales medidas de protección ya adoptadas y los motivos por los cuales las mismas no se consideran adecuadas a las exigencias.

Tercero.- La opinión del Fiscal del Estado debe hacer referencia específica a la importancia de la contribución ofrecida por el interesado o por su allegado para el desarrollo de las investigaciones o para el juicio penal.

¹¹⁵ Andrade Sánchez, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado*, Op. cit. p. 112.

En el apartado primero de éste artículo 11, se establece cuales son las autoridades competentes que pueden proponer a la Comisión Central la admisión de alguna o algunas personas al Programa Especial de Protección.

En el mismo apartado, se contemplan las disposiciones ante el caso de *urgencia especial*; que es contemplado de forma similar a lo observado en legislaciones de otras naciones en materia de protección a testigos.

Artículo 12:

Primero.- Las personas con respecto a las cuales se ha presentado la propuesta de admisión al Programa Especial de Protección deben expedir a la autoridad que la propone una declaración completa y documentada referente a su estado civil, de familia y patrimonial, las obligaciones que se deriven de la Ley, de pronunciamiento de la autoridad o de negocios jurídicos, los procedimientos penales, civiles y administrativos pendientes, los títulos de estudio y profesionales, las autorizaciones, las licencias, las concesiones y cualquier otro título del que sean titulares. Dichas personas deben así mismo designar un representante general o representantes especiales para las actas a realizar.

Segundo.- El Programa Especial de Protección está suscrito por los interesados, quienes se comprometen personalmente a:

- A) Observar las normas de seguridad prescritas y colaborar activamente en la ejecución del programa.
- B) Cumplir las obligaciones previstas por la Ley y las obligaciones contraídas.

Es posible observar en el artículo 12, apartado segundo, las nuevas obligaciones que adquieren voluntariamente las personas admitidas al Programa Especial de Protección.

En el apartado primero se fundamenta la obligación ineludible de informar y documentar a la autoridad que lo propone de sus obligaciones derivadas de la ley, civiles, familiares, penales, etcétera, a fin de integrar un expediente personal y no evadir obligaciones pendientes que pudieran afectar a terceros a causa de éste programa.

Artículo 13:

Primero.- El Programa Especial de Protección puede comprender el traslado de las personas indicadas en el artículo 9 a Ayuntamientos distintos del de residencia o a lugares protegidos así como las medidas necesarias para garantizar la discreción.

Segundo.- Únicamente para los fines previstos en el apartado primero puede ser autorizada la utilización temporal de un documento de cobertura. La utilización de dicho documento en casos no autorizados será castigado según las disposiciones penales vigentes.

Tercero.- Cuando existan particulares motivos de seguridad, el Fiscal del Estado o el Juez pueden autorizar al sujeto examinado o interrogado a elegir domiciliarse en casa de una persona de su confianza o en una Comisaría de Policía, también para las comunicaciones o notificaciones que sean necesarias.

Cuarto.- Por motivos de seguridad graves y urgentes, el Fiscal del Estado puede autorizar a la Policía Judicial a custodiar a las personas arrestadas o detenidas en lugares distintos a la cárcel durante el tiempo estrictamente necesario para definir el Programa Especial de Protección. Por las mismas razones, la autorización puede ser dictada por el Juez cuando estime necesario aplicar la custodia cautelar.

Éste artículo 13 menciona ciertas medidas de protección que van desde el traslado de la persona o personas admitidas en el Programa Especial de Protección a una nueva residencia, o bien recibir notificaciones en un lugar distinto y seguro como podría ser una Comisaría de Policía. Finalmente faculta al juzgador a ordenar la custodia cautelar de alguna persona privada de su libertad cuando lo estime así ante situaciones graves y urgentes.

Artículo 15:

Primero.- En el ámbito del Programa Especial de Protección, cuando cualquier otra medida resulte inadecuada, por decreto del Ministro del Interior, de acuerdo con el Ministro de Justicia, se puede autorizar, a petición de los interesados, el cambio de los datos personales garantizando su discreción también en los actos de la Administración Pública.

Por último, será posible afirmar que la medida máxima de protección ofrecida por éste Decreto de Ley consiste en otorgar una nueva identidad.

UNIÓN EUROPEA

El Tratado de la Unión Europea (TUE), es el resultado de los trabajos desarrollados "desde diciembre de 1990 por sendas Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria, sintetizados en un único texto merced a las discusiones desarrolladas en el Consejo Europeo de Maastricht de 9 de diciembre de 1991, adoptado y autenticado solemnemente en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992".¹¹⁶

El Tratado de la Unión Europea, "fue firmado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los doce países miembros, tras el acuerdo alcanzado por los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre celebrada".¹¹⁷ A saber son: Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido; y con la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, llegan a sumar un total de quince países miembros.

Entre diversos intereses comunes y otros objetivos de gran importancia es posible destacar uno fundamental para los fines de este estudio, establecido en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea, y en el artículo 29 del Título VI denominado "*Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*".

Artículo 29 [antiguo artículo K.1].

Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos, y los delitos

¹¹⁶ Sáenz de Santa María, Paz. Andrés. Introducción al Derecho de la Unión Europea, segunda edición, EUROLEX Editorial, España, 1999, p. 39.

¹¹⁷ Molina del Pozo, Carlos Francisco. Manual de Derecho de la Comunidad Europea, tercera edición, Editorial Trivium, España, 1997, p. 180.

contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32;
- una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, de conformidad con lo dispuesto en las letras a) a d) del artículo 31 y en el artículo 32;
- la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.¹¹⁸

Del artículo reproducido, y en general de todo el contenido del Título VI (reestructurado y modificado por el Tratado de Amsterdam, adoptado el 2 de octubre de 1997) se desprende la acción en común de la Unión Europea contra la delincuencia organizada. Concretamente el Consejo Europeo (órgano supremo compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, artículo 4) ha formado grupos de trabajo dedicados específicamente a esta materia.

A fines de 1994 el grupo encargado de las cuestiones penales presentó un proyecto de informe relativo a la cooperación contra la criminalidad organizada internacional. En ese documento se resalta que todas las medidas nacionales y las que se tomen eventualmente a nivel europeo deberán enmarcarse plenamente dentro de la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. A efecto de mejorar la cooperación entre los Estados miembros, el grupo de trabajo recomendó las medidas que enseguida se en listan y que el Doctor Eduardo Andrade¹¹⁹ comenta cada una de ellas; entre éstas se encuentra la que nos interesa, que es la protección a testigos:

A.- Sanciones penales a las personas morales.

Algunos Estados de la Unión Europea admiten la existencia de responsabilidad

¹¹⁸ Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, edición preparada por Araceli Mangas Martín, séptima edición, Editorial TECNOS, España, 1999, pp. 85-93.

¹¹⁹ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. Op. cit. pp. 133-140.

penal por parte de las personas morales o personas colectivas; en cambio, otros Estados miembros no reconocen tal responsabilidad. Para facilitar la imposición de sanciones de carácter pecuniario y la fiscalización de bienes de personas morales involucradas en la criminalidad organizada, el grupo de trabajo, al que hemos venido aludiendo, ha recomendado que se extienda a todos los Estados miembros de la Unión Europea el principio de aceptación de responsabilidad penal de las personas morales.

B.- Ampliación de los plazos de prescripción.

La tendencia en el seno de los grupos de trabajo del Consejo Europeo es alargar el tiempo de la prescripción en delitos vinculados a la criminalidad organizada y alcanzar cierta uniformidad entre los Estados miembros que ahora aplican plazos muy disímiles, incluso para infracciones similares.

C.- Ampliar la aplicación de la confiscación de productos del crimen.

La Convención del Consejo Europeo, adoptada en Estrasburgo en 1990, tiende a permitir la confiscación de todos los productos obtenidos por la criminalidad organizada internacional. Sin embargo, algunos Estados han limitado la aplicación de esta convención a los productos provenientes del tráfico de drogas exclusivamente.

Igualmente se busca agilizar los procedimientos de ejecución de las confiscaciones de productos provenientes de la comisión de delitos que son pronunciadas por un Estado, pero deben ser ejecutadas en otro.

D.- Extensión de la obligación de informar sobre operaciones dudosas.

El Consejo Europeo considera deseable ampliar la obligación de informar acerca de operaciones dudosas, contenida en la directiva de la Comunidad Económica Europea del 10 de junio de 1991, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero con el fin de lavar activos procedentes de actividades de la criminalidad organizada internacional. Esta directiva impone a las instituciones financieras la obligación de informar a las autoridades acerca de operaciones dudosas que se realicen en ellas.

El Consejo Europeo analiza la posibilidad de extender esta obligación a otras profesiones y categorías de empresas. Los especialistas hablan de la posibilidad de que los notarios, las empresas inmobiliarias y diversas empresas comerciales queden sujetas también a esta obligación.

E.- Protección de testigos y de otras personas que concurren en la acción de la justicia.

En este punto sobre protección de testigos, el Consejo Europeo se propone examinar las medidas tendientes a estimular a los testigos a presentar su testimonio, de manera que se les garantice su seguridad, igualmente proteger a otras personas que concurren a la acción de la justicia frente a la intimidación, las amenazas o la violencia, así como asegurar que tales actos sean castigados de manera adecuada. Uno de los puntos en los que se ha puesto mayor atención es el referente al anonimato del testigo que efectúa la declaración.

Dicho aspecto es un tema muy polémico en el que se requiere encontrar fórmulas que garanticen la defensa apropiada frente a testimonios cuyo autor se desconoce. Se analiza también la aplicación de técnicas para recibir testimonios desde lugares distantes.

F.- Vigilancia de las telecomunicaciones.

“Los 15 países de la Unión Europea tienen sistemas de interceptación telefónica. Ya la Unión Europea está en otra etapa; la de solicitudes internacionales de interceptación. Ya ahí no está a discusión la institución de la interceptación, sino cómo le van hacer para hacer efectivas solicitudes de interceptación, por ejemplo que quiera la Gran Bretaña hacer efectivas en Italia, en España o en Grecia, o así sucesivamente. Además, están obligando a los fabricantes de equipos electrónicos, de computación o de comunicaciones, a que tengan un medio de acceso para la interceptación. Es decir, una computadora no puede estar a prueba de interceptación, tiene que tener manera de que se intercepte por la autoridad. Esto es lo más novedoso en la legislación europea”.¹²⁰

¹²⁰ Andrade Sánchez, Eduardo. Reforma Constitucional y Penal de 1996, Op. cit. p. 23.

G.- El concepto de criminalidad organizada en la Unión Europea.

El grupo denominado Drogas y Criminalidad Organizada recogió y analizó datos por medio de la aplicación de cuestionarios, por virtud de los cuales se llegó a un consenso en cuanto a que si bien parecía prácticamente imposible redactar un texto en el que se definiera el concepto de criminalidad organizada, sí resultaba factible enlistar una serie de características que de una u otra manera se atribuyen a dicho fenómeno en diferentes países.

Se llegó así a un listado de once indicadores o características que suelen aparecer en los grupos delictivos, cuya actividad configura formas de delincuencia organizada. Dichos indicadores son:

- 1.- Colaboración de más de dos personas.
- 2.- Tareas repartidas.
- 3.- Actuación por un período de tiempo prolongado o indefinido.
- 4.- Utilización de alguna forma de disciplina o control.
- 5.- Sospecha de comisión de delitos que por sí solos o de forma global sean de importancia considerable.
- 6.- Operatividad a nivel internacional.
- 7.- Empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar.
- 8.- Uso de estructuras comerciales o de negocios.
- 9.- Actividades de lavado de dinero.
- 10.- Ejercicio de la influencia en política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales y económicas
- 11.- Búsqueda de beneficios o de poder.

No necesariamente tendrían que reunirse de manera total en cada agrupación delictiva, se escogieron primero los que se consideraron indispensables y sin los cuales no podría concebirse la existencia de criminalidad organizada. Éstos son los mencionados en los números 1, 5 y 11.¹²¹

¹²¹ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada, primera edición, Instituto de la Judicatura Federal, México, 1998, p. 52.

Después se determinó que además de esos tres que constituían condiciones sin las cuales no podría hablarse de criminalidad organizada, deberían agregarse otros tres cualesquiera de los ocho restantes para estimar que efectivamente se estaba ante el fenómeno del crimen organizado. De esa manera cada país de la Unión Europea puede elaborar su catálogo de indicadores de delincuencia organizada según las propias características del fenómeno en su territorio.

Es decir, la incriminación común tiende a un cierto grado de uniformidad en las legislaciones penales de los Estados miembros, de manera que todos ellos tipifiquen de manera similar las conductas delictivas que caracterizan a la criminalidad organizada internacional.

Por último, en la legislación comunitaria vigente, en el *Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada* (adoptado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997), contiene diversas recomendaciones del "Grupo de alto nivel sobre la delincuencia organizada" dirigidas a plasmar la prioridad que la Unión Europea deberá dar a la lucha contra la delincuencia organizada. Destaca la necesidad de una cooperación más estrecha con los terceros países; organizaciones internacionales y organismos pertinentes. En particular, se refiere a la necesidad de llevar la cooperación judicial práctica a un nivel comparable al de la cooperación policial.¹²²

El grupo centró parte de su debate a la aproximación o armonización de las legislaciones de los Estados miembros, ésta podría contribuir a una mayor organización en la lucha contra la delincuencia organizada en todas sus formas.

El análisis de estos aspectos, donde la protección a testigos se ha considerado indispensable en un mundo donde la criminalidad también se ha globalizado y la preocupación que manifiestan los Estados Europeos en su proceso de unificación es asimismo válida para todos los demás países en virtud de la necesidad general de organización para hacer frente común en la lucha contra la delincuencia organizada.

¹²² Cfr. *Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada*, Boletín de la Unión Europea, agosto de 1997, Luxemburgo, pp. 1-3.

3.3 AMÉRICA LATINA

Los Estados de América Latina se han propuesto la difícil tarea de asegurar una procuración y administración de justicia eficientes mediante el señalamiento de pautas y normas de política criminal que permitan investigar, juzgar y sancionar a los delincuentes, sin sacrificar a los jueces, testigos y víctimas de los delitos; son objetivos propios de la actividad del Estado, que deben ser compatibles con el más elemental deber de las autoridades públicas, que consisten en salvaguardar la vida y la integridad personal de ellos.

Finalmente, la protección a testigos en América Latina persigue convertirse en una herramienta para enfrentar y combatir eficazmente a la delincuencia, especialmente en sus modalidades organizadas. Con ese motivo se consultó el marco normativo de Colombia y Argentina.

COLOMBIA

Uno de los principales problemas que afrontaba la justicia colombiana era el "temor a testificar". Los testigos de actos delictivos cometidos por la criminalidad organizada, en especial narcotraficantes resultaban verdaderamente aterrorizados y era casi imposible obtener testimonios útiles para condenar a los delincuentes. Sin embargo existe expresamente la obligación constitucional de "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" consagrada en el artículo 95° de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación, (que forma parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal) por mandato constitucional le corresponde "de oficio o mediante denuncia o querrela investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá velar por la protección de las víctimas, testigos y otros intervinientes en el proceso" conforme a los artículos 249° y 250° numeral 4, de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Para la concretización de tales objetivos de protección, Colombia ha realizado diversos instrumentos legislativos; siendo el más actual y vigente el cuerpo normativo conocido como "**Ley 418 de 1977 de Protección a Intervinientes en el Proceso Penal**"¹²³ prorrogada en su integridad por el término de tres años más por la **Ley 548 de 1999**.¹²⁴ En ella se establecen disposiciones tendientes a garantizar la protección a testigos y a sus familiares cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa de la intervención en un proceso penal en el siguiente tenor:

Artículo 67.- Créase con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el "Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía", mediante el cual se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente, cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en un proceso penal. En los casos en que la vida del testigo o denunciante se encuentre en peligro, la Fiscalía protegerá la identidad de los mismos.

En el artículo reproducido la Ley circunscribe su radio de acción protectora exclusivamente a quienes intervinieren en un proceso penal en la calidad de testigo, víctima, denunciante, funcionarios de la Fiscalía y otros intervinientes; y no admite emplearse las medidas protectoras de esta Ley para proteger o financiar a informantes, delatores, cómplices arrepentidos u otro tipo de personas que proporcionen datos a las autoridades.¹²⁵

¹²³ Ley 418 de 1977, Diario Oficial (NÚM. 43201), 26 de diciembre de 1977, Santafé de Bogotá D.C., Colombia, pp. 1-7.

¹²⁴ Ley 548 de 1999, Diario Oficial (NÚM. 43827), 23 de diciembre de 1999, Santafé de Bogotá D.C., Colombia, p. 1.

¹²⁵ Cfr. Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación en Materia de Testigos, Víctimas e Intervinientes en el Proceso, Resolución N° O-2700, Fiscalía General de la Nación, 22 de noviembre de 1996, Santafé de Bogotá D.C., Colombia, pp. 15 y 16.

En virtud de la citada autonomía administrativa y presupuestal de la Fiscalía General de la Nación consagrada en el artículo 249° de la Constitución Política de Colombia de 1991, y en consideración al alto costo económico que representa al Estado brindar protección a los testigos, la presente Ley en el artículo 68 prevé:

Artículo 68.- El Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuesto de la Fiscalía General de la Nación las partidas necesarias para la dotación y funcionamiento del programa a que se refiere la presente ley.

Parágrafo 1°- El ordenador del gasto de estas partidas será el Fiscal General de la Nación o el funcionario a quien éste delegue. Los desembolsos necesarios para atender el programa requerirán estudio previo de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de la Fiscalía.

Parágrafo 2°- Las erogaciones que se ordenen o ejecuten para los fines previstos en esta ley tendrán carácter reservado, y estarán sujetos al control posterior por parte de la Contraloría General de la Nación. En ningún caso se revelará la identidad del beneficiario.

En cuanto a las medidas protectoras que puede otorgar la Fiscalía General de la Nación se establecen en el artículo 69 de la mencionada Ley:

Artículo 69.- Las personas amparadas por este programa podrán tener protección física, asistencia social, cambio de identidad y de domicilio, y demás medidas temporales o permanentes encaminadas a garantizar en forma adecuada la preservación de su integridad física y moral y la de su núcleo familiar.

Cuando las circunstancias así lo justifiquen, dicha protección podrá comprender el traslado al exterior, incluidos los gastos de desplazamiento y manutención por el tiempo y bajo las condiciones que señale el Fiscal General de Nación.

Las personas que se acojan al programa de protección se sujetarán a las condiciones que establezca la Fiscalía General de la Nación.

Este tipo de programas exige una implementación muy delicada. Antes de otorgar la protección es indispensable verificar cuál es el verdadero propósito del testigo al acogerse a dicho programa.

Los funcionarios encargados de aplicarlo deben asegurarse de que no se tenga una segunda intención, ya que el solicitante puede ser un prófugo o alguien que trate de eludir problemas económicos o personales. Para ello se precisa una evaluación psicológica hecha por personal autorizado.

Una vez que se acepta al testigo dentro del programa debe tenerse presente que el propósito del mismo no es satisfacerle sus necesidades económicas, sino proteger su vida y la de su familia, se le otorga una asignación mensual según su estrato social y nivel cultural. Después de un periodo de adaptación se le busca un trabajo para que pueda mantenerse nuevamente por su cuenta.¹²⁶

En cuanto al cambio de identidad, que representa el nivel máximo de seguridad que ofrece el programa, se podrán dictar ciertas acciones establecidas en el artículo de la citada Ley 418:

Artículo 71.- El Fiscal General podrá tomar en cualquier momento, cualesquiera de las siguientes determinaciones:

- a) Ordenar el cambio de identidad de la persona que se someta al programa; en el caso de testigos, el cambio de identidad sólo se hará una vez termine el proceso, y siempre y cuando no se afecte el debido proceso;
- b) Con fundamento en la nueva identidad, ordenar a las autoridades, públicas o privadas, la expedición de documentos que reemplacen a los que ya posee el admitido al programa, tales como actas de registro civil, cédula de ciudadanía, pasaporte, libreta militar, certificado judicial y otros, sin que para su tramitación deban cumplirse los procedimientos ordinarios;
- c) Ordenar a los organismos de seguridad del Estado brindar la protección necesaria al admitido en el programa y a su núcleo familiar;
- d) Destinar para el admitido al programa, como domicilio permanente o transitorio cualquiera de las instalaciones que para el efecto considere adecuadas;
- e) Ordenar la expedición de títulos académicos por parte de entidades públicas o privadas para reemplazar a los originalmente otorgados, y
- f) Disponer la modificación de los rasgos físicos de la persona que pudieran permitir su identificación.

¹²⁶

Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, Op. cit. p. 54.

El artículo transcrito es muy preciso cuando establece que al tratarse de testigos "el cambio de identidad sólo se hará una vez termine el proceso, y siempre y cuando no se afecte el debido proceso".

Por otra parte, los cambios de identidad y de domicilio no podrán implicar exoneración de la responsabilidad penal por los delitos cometidos después de la vinculación al programa. En los acuerdos que celebre el beneficiario con la Fiscalía General de la Nación, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles, laborales, comerciales, fiscales y administrativas, contraídas por el beneficiario con anterioridad a la celebración del acuerdo (artículo 73 de la citada Ley).

El programa siempre es voluntario y no forzoso, ya que la labor de la Fiscalía General de la Nación encaminada a preservar la integridad de las personas, inevitablemente implica algunas limitaciones a los Derechos a los Fundamentales del individuo, de ahí que el principio del consentimiento sea en materia de protección trascendental para la decisión de incorporación o renuncia al programa, es la voluntad del interesado la que a la postre determina someterse a unas condiciones que obligatoriamente a de imponer la Fiscalía General de la Nación, tal como lo señala el artículo 78 de la Ley 418 de 1997:

Artículo 78.- Las personas vinculadas al programa de protección de testigos podrán solicitar su desvinculación voluntaria de él, pero suscribirán una acta en la que de manera expresa manifiesten su renuncia a la protección.

Asimismo, será preciso que para la incorporación al programa la voluntad del testigo sea plasmada en acta que debe suscribir el protegido, donde las obligaciones mínimas para las partes son:

1.- Para el PROTEGIDO

- a) Colaborar con la Administración de Justicia, siempre que legalmente esté obligado a hacerlo.
- b) Acatar las recomendaciones que le sean formuladas en materia de seguridad.

- c) Utilizar correctamente las instalaciones y los demás recursos que para el desarrollo de su propia vida el programa coloque a su disposición.
- d) Abstenerse de asumir conductas que irresponsablemente puedan poner en peligro su seguridad y la del programa mismo.
- e) Colaborar para que su estadía en el programa se desarrolle en condiciones dignas.
- f) Abstenerse de consumir elementos o sustancias embriagantes o que generen psicoddependencia.
- g) Colaborar y someterse a los tratamientos médicos y psicológicos a que hubiere lugar.
- h) Mantener comunicación por escrito con la Dirección del Programa a través del agente que le haya sido asignado, salvo situaciones de extrema gravedad o urgencia.
- i) Observar un comportamiento ético, moral, personal y social ejemplar.

2.- Para el PROGRAMA

- a) Diseñar e implementar lo pertinente, para atender las necesidades de seguridad, manutención, alojamiento, médicas y psicológicas del protegido.
- b) Gestionar la ocupación laboral y o el acceso a la educación del protegido, cuando fuere posible, como un medio para su reubicación social.
- c) Dar un trato digno al protegido con estricto respeto por sus Derechos Humanos.
- d) Velar para que los recursos asignados, sean correctamente empleados.

Por último, el Presidente de la República celebrará convenios con otros Estados y organizaciones internacionales con el fin de facilitar a la Fiscalía obtener la información y colaboración necesaria para el desarrollo del programa. El Fiscal General de la Nación podrá requerir el apoyo de las organizaciones internacionales que cuenten con programas similares de protección de víctimas y testigos cuando sea necesario su traslado a otros países (artículo 76 de Ley).

La posición del gobierno colombiano sobre este problema ha sido en el sentido de plantear la necesidad de trabajar en la construcción de una respuesta coordinada a nivel del continente americano, partiendo del supuesto de que solamente será posible alcanzar resultados significativos en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada si los países actúan mancomunadamente para disminuir su capacidad intimidatoria.

ARGENTINA

Actualmente, la protección a testigos en la Nación Argentina es tema de controversia y polémica entre los juristas contemporáneos, ya que por su parte el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984)¹²⁷ impone en el artículo 240 que "Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuánto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley", por otro lado existe el temor de los testigos por el riesgo que algunas veces corre su vida y la de sus familiares.

De esa misma preocupación nos habla Fernando Omar Gélvez, y pone de relieve que "la doctrina nacional, tocante a la necesidad de protección de los testigos que intervengan en los delitos referidos a la narcocriminalidad o narcotráfico, ha expresado que sin esa protección brindada por la ley, difícilmente alguien colabore con la investigación de los delitos aludidos; puesto que sin ella nadie aportaría datos o informaciones como consecuencia del temor a represalias por parte de los integrantes de las organizaciones dedicadas a la narcocriminalidad. En efecto, por que el temor, es el más poderoso instrumento que utilizan, tanto contra las autoridades como ante eventuales testigos o arrepentidos, para desalentarlos en su intento de colaborar con la justicia".¹²⁸

A pesar de que Argentina no se puede considerar exenta de la presencia de la delincuencia organizada en sus diferentes manifestaciones, la protección a testigos solamente podrá ser propuesta, aceptada y aplicada en materia de narcotráfico, según el ordenamiento jurídico vigente conocido como "**Ley 23.737 Régimen Penal de Estupefacientes**", misma que originalmente no contemplaba la protección a testigos en

¹²⁷ Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley 23.984), Boletín Oficial de 9 de septiembre de 1991, Buenos Aires, Argentina, p. 43.

¹²⁸ Gélvez, Fernando Omar. Testigos de Identidad Reservada. Revista LA LEY, Año LXIV Número 140, 24 de julio de 2000, Buenos Aires, Argentina, p. 2.

ninguno de sus artículos, sino hasta su modificación por la Ley 24.424 en el año 1995.¹²⁹

“Evidentemente, las razones que se han tenido en cuenta para la incorporación del instituto señalado responden a que ninguna persona que percibió un suceso punible subsumible en la ley de estupefacientes a través de sus sentidos (testigo) se presentará voluntariamente a deponer en tal calidad, si no se le asegura la protección de su vida e integridad física, y ello por su natural instinto de preservación”.¹³⁰

Resulta oportuna la aclaración de que la citada ley nacional, no es exclusiva de protección a testigos, a los cuales dedica sólo algunos artículos; a su vez incluye otros aspectos, tales como la tenencia y tráfico de estupefacientes, el arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada.

El artículo 33 bis. de esta Ley, establece de forma integral lo siguiente:

Artículo 33 bis.- Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación el Tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias.

La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación.

De la anterior transcripción, se observa que el arrepentido podrá beneficiarse de las mismas medidas de seguridad aplicables a los testigos y además obtener otros beneficios adicionales, como es el “reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación”, según el artículo 29 ter. de la citada Ley.

¹²⁹ Ley 24.424 (modificadora de la Ley 23.737), Boletín Oficial de 9 de enero de 1995, Buenos Aires, Argentina, p. 4.

¹³⁰ Gélvez, Fernando Omar. Op. cit. p. 3.

A efecto de poder desarrollar eficazmente las funciones asignadas por el citado artículo 33 bis. de la Ley 23.737, el Presidente de la Nación Argentina, mediante el **Decreto 262/98** creó la "**Oficina de Protección de Testigos e imputados**";¹³¹ la cual tiene a su cargo la coordinación de la totalidad de los aspectos cuya gestión ha sido encomendada por el citado precepto jurídico.

Tal Decreto, distribuye las tareas asignadas y compromete la acción de diversas áreas del Gobierno Nacional, dentro de sus respectivas competencias y funciones, a fin de brindar una adecuada protección a los testigos e imputados, es necesario contar con la colaboración del Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y de la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación. "Asimismo la actividad que al respecto lleven a cabo los demás Ministerios y Secretaría concurrentes, deberán efectuarse, por el momento, sin incrementar el nivel del financiamiento vigente".¹³² Esto es, que no existe una partida en el presupuesto del Estado especial para tales objetivos.

El citado Decreto establece que una vez recibido el requerimiento de protección por parte de la autoridad judicial competente, la Oficina de Protección de Testigos e Imputados, procederá a confeccionar un legajo de tramite secreto, carácter que también revestirán las actuaciones a labrarse en los Ministerios y Secretaría o, en su caso, en cualquier otro organismo del Estado Nacional que sea convocado a los efectos de esta reglamentación. Si algún funcionario público llegare a faltar al secreto señalado se hará merecedor de las sanciones establecidas en el artículo 31 sexies de la Ley 23.737, que establece:

Artículo 31 sexies.- El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua.

¹³¹ Decreto 262/98 Oficina de Protección de Testigos e Imputados, Boletín Oficial de 18 de marzo de 1998, Buenos Aires, Argentina, pp. 1-3.

¹³² Idem.

El funcionario o empleado público que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de uno a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años.

Al igual que la citada Ley, este Decreto establece que las medidas de protección a testigos e imputados podrán incluso consistir en:

- 1.- La sustitución de la identidad;
- 2.- Nueva ocupación y
- 3.- Cambio de domicilio.

La solicitud judicial de protección será acompañada de las constancias siguientes:

- a) La obligación asumida por la persona a proteger, ante la autoridad judicial, de adoptar todos los recaudos necesarios para evitar que sea detectada por terceros la protección otorgada;
- b) La obligación manifestada, ante dicha autoridad, de no cometer ningún delito.

El incumplimiento de las condiciones antes referidas por parte del protegido, será causa de la finalización de la pertinente protección.

Por su parte la Oficina de Protección de Testigos e Imputados se obligará a coordinar las medidas que considere necesarias para proteger a la persona involucrada o familiares directos de daños corporales, y para asegurar su salud, seguridad y bienestar, incluyendo su estado psicológico y adaptación social mientras persista el peligro.

Los Ministerios y la Secretaria cumplirán, principalmente, lo siguiente:

a) MINISTERIO DEL INTERIOR:

- a.1. Proveer las medidas de seguridad necesarias para la protección de la integridad física de los protegidos y en su caso, de su grupo familiar conviviente;
- a.2. Proveer la documentación necesaria para el establecimiento de una nueva identidad.

b) MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL:

- b.1. Asistir a la persona en la obtención de un trabajo;
- b.2. Proveer otros servicios necesarios para asistir a la persona con el fin de que se vuelva autosuficiente.

c) SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

- c.1. Proveer de casa habitación a la persona protegida y, en su caso, a su grupo familiar conviviente;
- c.2. Proveer transporte para el mobiliario y bienes personales en el caso de traslado a una nueva residencia.¹³³

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 3.

CAPÍTULO IV LOS TESTIGOS PROTEGIDOS EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

- 4.1. La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**
- 4.2. Concepto de Testigos Protegidos**
- 4.3. Clasificación**
 - 4.3.1. Testigo Protegido**
 - 4.3.2. Medios de Protección**
 - 4.3.3. Testigo-Delincuente Protegido o Colaborador**
 - 4.3.4. Medios de Protección**
 - 4.3.5. Negociación del Delito**
 - 4.3.5.1. Durante la Averiguación Previa**
 - 4.3.5.2. Ante el Órgano Judicial**
 - 4.3.6. Principio de Oportunidad**
- 4.4. Delaciones**
- 4.5. Recompensas**
- 4.6. Propuestas para Regular la Institución
de los Testigos Protegidos**

4.1 LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En el sistema jurídico penal mexicano, se introdujo en el texto del artículo 16 Constitucional el término “delincuencia organizada” con motivo de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993; hasta esa fecha el mencionado precepto no hacía alusión a semejante descripción, motivo por el cual, algunos autores, como el Doctor Raúl Plascencia Villanueva señalaron que “la mención de la delincuencia organizada en el texto constitucional fue sorprendente. Pero la sorpresa fue aún mayor, en atención a que el sistema jurídico penal mexicano no contemplaba en esas fechas aspecto alguno en torno a dicha figura penal”.¹³⁴ A partir de ese momento se principia a expedir normas referentes a la misma, culminando todo esto en la aprobación y publicación de la “**Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**”, que ocupa nuestra atención.

La ley en comento, es resultado de una iniciativa presentada ante la Cámara de Senadores por el Presidente de la República y numerosos senadores y diputados federales, de las diversas fracciones parlamentarias, el 19 de marzo de 1996, y en cuya exposición de motivos se advirtió que esta forma de criminalidad “es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa. Se trata de una delincuencia de carácter transnacional, que ha sido identificada en diversos foros como todo un sistema económico clandestino, con ingresos que sobrepasan el Producto Nacional Bruto de algunas naciones. Uno de sus componentes principales, el narcotráfico, arroja por sí mismo ganancias exorbitantes, que implican, incluso, la evasión fiscal y las prácticas comerciales restrictivas para eliminar la competencia. Otras consecuencias de estas conductas ilegales son el comercio ilícito de armas el uso de la fuerza física, la corrupción, la pérdida de la seguridad urbana y rural y aún la participación en conflictos políticos y étnicos; por lo que plantea una amenaza

¹³⁴ Plascencia Villanueva, Raúl. *Crimen Organizado y Secuestro*, Volumen III, primera edición, Editorial UNISON (Universidad de Sonora, División de Ciencias Sociales), México, 1995, p. 25.

directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados".¹³⁵

Asimismo, la exposición de motivos aseveró, que una de las manifestaciones más importantes de la delincuencia organizada es el narcotráfico, ya que éste es la mayor amenaza a la seguridad nacional, el más grave riesgo para la salud social y la más cruenta fuente de violencia y debe ser combatido por todos los medios, en todo lugar, en todo tiempo y sin titubeos.

Para ese momento, 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 y la impartición 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 finalmente infuncionales".¹³⁶ De tal manera que opta por dar origen a una ley especial y declina a la idea de incluir nuevas adecuaciones y adiciones al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales, sustentando que "cada una de las alternativas tiene ventajas y desventajas; pero, del análisis de ellos se concluyó que lo más conveniente, para una lucha más eficaz contra el crimen organizado, es la creación de un todo normativo específico para esta materia, que establezca estrategias político-criminales específicas, como ya lo han hecho varios países del mundo, sobre todo los que de manera directa se enfrentan a este problema".¹³⁷

Algunas de las experiencias fueron directamente constatadas por la delegación parlamentaria, compuesta por Senadores de la República y Diputados Federales de los

¹³⁵ Exposición de Motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Iniciativa del Ejecutivo Federal, México, 19 de marzo de 1996, p. 1.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 9.

diferentes partidos políticos, así como por funcionarios de la Procuraduría General de la República y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quienes en 1995 realizaron una visita de trabajo a las más importantes dependencias del sistema de justicia penal encargadas de la lucha contra la delincuencia organizada en Colombia, Estados Unidos de América, Francia, Italia y España; experiencias que sin duda influyeron en torno a las medidas adoptadas por la presente ley. (mismas que fueron recopiladas y publicadas en diversos trabajos del Doctor Eduardo Andrade Sánchez, quien en calidad de senador formó parte de ese grupo de trabajo y fueron de gran utilidad para la elaboración del presente trabajo).

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 aquella suscitó. Cumplido el proceso parlamentario la ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Las opiniones de diversos investigadores respecto de esta ley, no han sido del todo favorables; en particular, el maestro Colin Sánchez asegura "se trata de un conjunto de normas sustantivas y adjetivas, complementadas con otras de orden reglamentario, todo lo cual acusa carencia de técnica jurídica, pérdida de tiempo y sobre todo un nuevo derecho penal que funcionará en forma paralela al ya existente. Las necesidades sociales en constante evolución requieren ser reguladas de manera congruente con las mismas, sin olvidar que deben responder, no solamente a la necesidad misma, sino también al temperamento de las personas, respetando en forma prudente las tradiciones jurídicas, y los principios esenciales que normalmente deben privar en toda ley".¹³⁸

En palabras del Doctor Sergio García Ramírez, "lo que ahora ocurre no es apenas la inclusión de figuras delictivas en ordenamientos diferentes del Código Penal, sino la construcción de un sistema penal especial en una ley que excluye la aplicación de los

¹³⁸ Colin Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 836.

restantes ordenamientos punitivos y contiene reglas propias, en muchos puntos distintas de las consignadas en éstos".¹³⁹

El maestro Carlos Barragán Salvatierra concluye: "El hecho es que los legisladores, al formar esta ley, retomaron aspectos de otras legislaciones extranjeras, como la colombiana, italiana y estadounidense, se adoptó lo que consideraron apropiado sin tomar en cuenta las condiciones particulares de México; un ejemplo claro es el programa de protección a testigos e informadores, el cual hasta este momento ha fallado por errores policiacos, falta de recursos, abusos de funcionarios, etcétera".¹⁴⁰

Así las cosas, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada abarca todo el horizonte de un orden penal, mismo que el Doctor Sergio García Ramírez describe de la siguiente forma:

- a) Orgánico.-** Comprendido por las disposiciones de procedimiento, y específicamente por el artículo 8° de la citada ley, que crea una unidad de la Procuraduría General de la República, especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada;
- b) Sustantivo.-** En tanto se fija el tipo penal de delincuencia organizada y las consecuencias jurídicas que apareja la comisión de este crimen y de los delitos cometidos por los delincuentes organizados: sanciones y reglas de aplicación;
- c) Adjetivo.-** Por que provee normas procesales específicas, que en diversos extremos se apartan del sistema ordinario; y
- d) Ejecutivo.-** En cuanto fija reglas específicas para la ejecución de sanciones, que sólo se aplican a los sujetos de la propia Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.¹⁴¹

¹³⁹ García Ramírez, Sergio. Delincuencia Organizada, segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 94.

¹⁴⁰ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. p. 8.

¹⁴¹ Cfr. García Ramírez, Sergio. Op. cit. pp. 96 y 97.

Claro está que es una ley principal; o sea, debe ser considerada en primer término y con carácter excluyente de otras disposiciones del mismo rango para regular los casos que la misma previene. Las disposiciones ordinarias del sistema jurídico penal mexicano tienen carácter supletorio, por así disponerlo el artículo 7° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, del Título Primero de Disposiciones Generales.

Artículo 7°.- Son aplicables supletoriamente a esta ley, las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, las del Código Federal de Procedimientos Penales y las de la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, así como las comprendidas en leyes especiales.

Esta ley especial, establece el tipo penal autónomo de *Delincuencia Organizada*, descripción típica contenida en el artículo 2° de la misma. Dice aquel precepto que “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos” que en tal precepto se enumeran, serán sancionadas por ese solo hecho como miembros de la delincuencia organizada. Esta última frase del artículo 2°, acredita que la delincuencia organizada es un tipo penal autónomo, no una agravante de los delitos cometidos o que se propone cometer la organización criminal, y en efecto, se sanciona por sí misma –“por ese solo hecho”- y advierte que tales personas por un simple acuerdo de organizarse, es suficiente para que se hagan merecedoras de las graves consecuencias que en sí mismo tal tipo penal trae aparejado.

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

I. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en

el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud; y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

A propósito de la consumación de este delito, no se requiere que el comportamiento de los agentes constituya, por sí mismo, alguno de los delitos graves asociados a la delincuencia organizada; este delito se consume aunque la conducta de los sujetos no arroje la comisión de alguno de aquéllos.

Por último, el mismo ordenamiento, determina su ámbito espacial al establecer que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional. Asimismo, los delitos referidos en el artículo transcrito, en las fracciones I, II, III y IV cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados por el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales respectivamente. Y por lo que toca a la fracción V, de dicho artículo, serán competentes estas autoridades cuando el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción (artículo 3º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada).

En consideración a los interesantes comentarios que puede merecer la citada ley, y en virtud de la brevedad natural del presente trabajo, no haremos un estudio exhaustivo de ella, solamente de los aspectos más relevantes con relación a nuestro tema.

4.2 CONCEPTO DE TESTIGOS PROTEGIDOS

Por cuanto hace a los aspectos procesales con matices novedosos que introduce a nuestro país la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, y ya como medidas legales para el combate a la delincuencia organizada destacan algunos, como son:

- Aseguramiento de Bienes de Decomiso;
- Intervención de Comunicaciones Privadas;
- Colaboración de otras Dependencias;
- La Orden Judicial de Cateo;
- Prolongación del Arraigo;
- Investigación Encubierta;
- Sistema de Recompensas; y
- Protección de Personas.

De estos instrumentos, solamente habremos de ocuparnos del último, ya que en él se localiza el objeto de nuestro tema y encuentra fundamento jurídico en el artículo 34 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que es el único que constituye el Capítulo Sexto De la protección de las personas.

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

Ya que la "tutela ordinaria pudiera resultar insuficiente en el caso de personas envueltas en un procedimiento penal, sobre todo si éste involucra a delincuentes altamente peligrosos y por ello es razonable suponer que el inculpado pudiera reaccionar contra los participantes e incluso contra terceros, ajenos al proceso para alcanzar la exoneración o la moderación de la condena y querría alejar los datos que lo inculpan".¹⁴²

¹⁴² García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 182.

Ante esta situación el Estado esta obligado a adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservar la vida y la integridad de las personas cuyos derechos pudieran estar amenazados por el motivo de su intervención en el procedimiento penal. Esta disposición, contenida en el artículo 34 de la citada ley, simplemente 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. Sobre el particular, el Doctor Sergio García Ramírez señala: "Si se juzgaba necesario decirlo explícitamente, habría sido conveniente incorporarlo en el ordenamiento procesal ordinario, y no apenas en el reservado a los asuntos de la delincuencia organizada. Sobra decir que en otros casos se corre también el más alto riesgo, pero no se hallan contemplados por un señalamiento explícito como el contenido en la LFDO".¹⁴³

Gracias a esta medida, dicha protección deja de estar sujeta a la discrecionalidad de funcionarios de la Procuraduría General de la República, pasando a ser una obligación de la misma. Dado que la importancia de la protección de todas estas personas así lo requiere. Ésta es 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 de procuración y administración de justicia.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada crea una unidad de la Procuraduría General de la República, especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos. A propósito de la citada unidad; es la que, hasta este momento se conoce como "*Unidad Especializada Contra la Delincuencia Organizada*" (UEDO), misma a la que acudimos a entrevista con motivo de recabar mayor información y ponerla de relieve en este trabajo, ya que entre otras funciones también esta a cargo de cierto programa diseñado para proteger a testigos.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 183.

De esa entrevista, se esperaba obtener una definición de la figura jurídica, experiencias, normas, datos estadísticos y en general respuesta a nuestras preguntas. Sin embargo, se nos advirtió que esto era imposible, en virtud de que toda información que nos proporcionaran pone en riesgo al propio programa, así que se mantiene en calidad de “*reservado*”. Incluso, que solamente tres personas de esa oficina conocen el contenido del programa.¹⁴⁴

Así las cosas, en esta forma pretende el Capítulo Sexto de la mencionada ley proteger la seguridad personal a todos esos sujetos procesales que enumera el artículo 34. Resulta claro que testificar contra una persona puede traducirse en un riesgo y la Procuraduría General de la República tiene obligación de proteger a los amenazados. Para dar cumplimiento a tal objetivo la citada ley establece algunas medidas protectoras específicamente para los testigos; por ejemplo, que el Ministerio Público de la Federación pueda resolver sobre la reserva de identidad del testigo hasta el ejercicio de la acción penal. Esta regla se refiere estrechamente a las “personas que rindan testimonio”, es decir, a los testigos. Amén de otras medidas que siguen la misma línea de excepción, de las que más adelante nos ocuparemos en su conjunto.

Nuestro intento por definir la institución de los testigos protegidos no tiene el propósito de agotar el tema ni teorizar sobre él. Solamente trata de dejar constancia de nuestras reflexiones, ya que por la naturaleza de este pequeño trabajo, se busca despertar quizá el interés de verdaderos investigadores.

A pesar de que ninguna Legislación Extranjera de las expuestas en el Capítulo III del presente trabajo, cuenta con un concepto de testigos protegidos que pudiera ilustrar mejor nuestro tema; si aportan en cambio, mayores elementos descriptivos de ésta. Trátase de una persona física, que participó directa o indirectamente; que tuvo conocimiento o percibió de manera directa a través de los sentidos una conducta o hecho estimado como delito por la ley penal, y tiene la obligación ineludible de comparecer ante las autoridades judiciales o administrativas

¹⁴⁴ Entrevista personal con la Licenciada María Concepción Cruz Gómez, Coordinadora General Jurídica de la Unidad Especializada Contra la Delincuencia Organizada (UEDO), Procuraduría General de la República, México (12 de septiembre de 2001).

a narrar, informar o explicar esa experiencia o conocimiento; sin embargo, ante el riesgo que se cierne contra su vida, integridad y de sus derechos en general con motivo de su intervención en un procedimiento penal; en nuestro país, relativo a la delincuencia organizada, por mandato de la ley, el Estado se obliga a proporcionarle ciertas medidas de protección excepcionales, mientras tanto no cesen las circunstancias que las motivaron, o bien, si estas subsisten en el tiempo se buscará el logró de un entorno de vida normal.

Enseguida nos ocuparemos más ampliamente de esta figura, a propósito de su establecimiento en el procedimiento penal mexicano por obra de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

4.3 CLASIFICACIÓN

Para los efectos de protección a testigos de que trata la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, no se establece cabal y satisfactoriamente un límite preciso a que personas podrá proteger con su radio de acción, ya que la propia ley reconoce la intervención de personas que rinden testimonio ó proporcionan datos a la autoridad bajo ciertas medidas protectoras de carácter excepcional. Varias son las especies que pueden encontrarse en torno al particular.

Derivado de la presente investigación, proponemos la siguiente clasificación:

Testigo Protegido (no miembro de la delincuencia organizada);

Testigo-Delincuente Protegido o Colaborador (miembro de la delincuencia organizada);

Informante Anónimo (interviene en la delación que dará inicio a una averiguación previa y en ocasiones hasta podría obtener una recompensa);

Agentes Infiltrados (participan en una investigación encubierta); y

Ofendido (en cuanto a la naturaleza jurídica de su declaración, hay una fuerte tendencia a considerarlo como testigo).

4.3.1 TESTIGO PROTEGIDO

Esta figura jurídica, en otras latitudes al igual que en nuestro país se creó como un instrumento tendiente a salvaguardar una prueba fundamental en el procedimiento penal, como es el caso de la prueba testimonial, ya que uno de los principales problemas que enfrenta la justicia es el "temor a testificar". Los testigos de actos delictivos cometidos por la criminalidad organizada, resultan verdaderamente aterrorizados y es casi imposible obtener testimonios útiles para condenar a los delincuentes.¹⁴⁵

Evidentemente, las razones que se han tenido en cuenta para la incorporación del instituto señalado responden a que ninguna persona que percibió un suceso punible subsumible en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada a través de sus sentidos (testigo) se prestará voluntariamente a deponer en tal calidad, si no se le asegura la protección de su vida e integridad física, y ello por su natural instinto de preservación.

Así las cosas, el Estado tiene la obligación de establecer para la defensa de la vida del testigo, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe contemplar el caso en el que el testigo no es miembro de la delincuencia organizada, que es el que nos ocupa.

4.3.2 MEDIOS DE PROTECCIÓN

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece para este tipo de testigo la siguiente medida protectora.

Artículo 14. Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.

¹⁴⁵ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, Op. cit. p. 52.

En lo conducente el maestro Barragán Salvatierra señala: En el caso de ser testigo no miembro de la delincuencia organizada, se le concederá protección por medio de la Procuraduría General de la República, tanto durante la averiguación previa como después de dictada la sentencia definitiva, una forma de protección puede ser el que el nombre del testigo no aparezca hasta después de consignados los miembros de la delincuencia organizada, lo que resulta contradictorio a los principios constitucionales que tiene el inculpado, aparte de que esa protección de nombre, terminará precisamente al llegar los indiciados ante el juez a rendir su declaración preparatoria (artículo 14). Disposición por lo menos discutible; y en opinión del mismo autor, en el artículo 20 constitucional se consagra como una garantía precisamente el dar a conocer al inculpado el delito por el que está siendo investigado y quién o quiénes lo acusan.¹⁴⁶

4.3.3 TESTIGO-DELINCUENTE PROTEGIDO O COLABORADOR

En legislaciones de otras latitudes se le conoce como "*arrepentido*" (pentiti para los italianos), y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada lo denomina "*colaborador*", cuando se refiere al "miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma", y que pretende un beneficio procesal o de ejecución de sanciones.

Es decir, es el partícipe de un suceso estimado como delito en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y que imputa o sindic a los otros agentes del hecho punible, pero sería pueril suponer que dicha colaboración deriva de la conciencia intranquila del infractor, que resuelve sincerarse con la autoridad. A estos, Juventino V. Castro y Castro los llama testigos-delinquentes protegidos y dice son testigos que aprovechan la oportunidad para, a su vez, obtener un beneficio personal, aunque ello represente falsear o manipular la verdad de un proceso penal.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Cfr. Barragán Salvatierra, Carlos. Op. cit. pp. 8 y 402.

¹⁴⁷ Cfr. Castro y Castro, Juventino V. Los Testigos Protegidos, Revista El Mundo del Abogado, Año 3 número 15, Julio 2000, Distrito Federal, México, pp. 27 y 28.

Sin embargo, para obtener esa colaboración, con la mirada más superficial resulta evidente que en la penumbra de las investigaciones se organizará todo un régimen de acuerdos y negociaciones a despecho de los valores inherentes a la justicia penal. Es éste uno de los puntos más débiles de la nueva ley, aunque desde la óptica de sus partidarios acaso radique aquí una de sus virtudes más apreciables.

4.3.4 MEDIOS DE PROTECCIÓN

Resulta claro que la delincuencia organizada emplea como instrumento la intimidación, tanto de los que no pertenecen a la organización como de los miembros de ella, quienes saben que delatar a los superiores les acarreará la pérdida de la vida.

Parecería en esta forma que lo que pretende la citada ley, es simplemente proteger la seguridad personal del *colaborador*. Sin embargo, si lee uno las distintas fracciones del artículo 35, que forma parte del Capítulo Séptimo, De la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada; esto no aparece como verdadero.

Artículo 35. El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador 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;
- III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad; y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Con relación a los descuentos penales localizados en este artículo; en criterio del Doctor Sergio García Ramírez “el legislador debió redactar con más acuciosidad y correlacionar cuidadosamente; no lo hizo y el resultado de la omisión es una regulación confusa que obliga a ensayar interpretaciones”.¹⁴⁸ Amén de la falta de precedentes en la jurisprudencia mexicana por tratarse de una ley relativamente nueva.

Obsérvese que los descuentos que en tal virtud ocurren, se producen gracias a la benevolencia negociada en diversos momentos y circunstancias: durante un tiempo incierto anterior a la investigación formal del delito; en ocasión de la averiguación previa; durante el proceso, y en oportunidad de la ejecución penal.

En la fracción I, resulta inexacto decir, que en esta hipótesis no existe averiguación, cuando por otra parte ese mismo texto está manifestando que hay una averiguación de este carácter iniciada con la colaboración del agente. Para el caso no importa si esa averiguación se inició a través de denuncia o querrela en contra de determinada persona; lo que interesa es que la averiguación existe y que en su desarrollo se llega al conocimiento de que hay una probable responsabilidad delictuosa a cargo de quien luego quedará al margen de la acción penal.¹⁴⁹

¹⁴⁸ García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 131.

¹⁴⁹ Cfr. Ibidem, p. 137.

Así las cosas, las pruebas aportadas por el colaborador no serán tomadas en cuenta en su contra, este beneficio sólo puede otorgarse en una sola ocasión respecto de la misma persona y el Ministerio Público de la Federación será el que otorgue tal beneficio.

En opinión de Guillermo Velasco Félix, "sorprende jurídicamente lo audaz de tal determinación legislativa, pues tal perdón discrecional equivale a olvidar los datos en contra del colaborador, no obstante que constan en autos, grave hipótesis por ser el derecho penal eminentemente social, aun cuando se diga que sólo por una ocasión puede otorgarse tal beneficio, pues lamentablemente con ese actuar se crea la institución de la autoridad cómplice respecto del delator, al que en tal forma se le exime de su conducta delictuosa".¹⁵⁰

La fracción II considera el caso en que existe ya una averiguación previa formal, en la que se halla implicado el colaborador y "éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada"; se requiere, pues, que los indicios conduzcan precisamente a la consignación; sería demasiado exigir que la acción se sustente solamente, con suficiente fuerza, en los indicios suministrados por el colaborador. En este caso cabe la reducción de la pena "hasta en dos terceras partes", o sea la disminución a una tercera parte de la pena aplicable. Como el ajuste penal incumbe al juzgador, el Ministerio Público de la Federación deberá formular conclusiones apoyadas en esta fracción; así se vinculará la decisión del tribunal, impedido para rebasar el pedimento del acusador oficial.¹⁵¹

Esta redacción induce a confusión y rompe los principios tradicionales de la imposición de penas. Así las cosas, el juez que posiblemente conozca posteriormente de un procesamiento, resulta ya de antemano obligado a reducir la pena que según el artículo 21 constitucional es una actividad "propia y exclusiva de la autoridad judicial".

¹⁵⁰ Velasco Félix, Guillermo. Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada, primera edición, Instituto de la Judicatura Federal, México, 1998, p. 114.

¹⁵¹ Cfr. García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* p. 137.

La fracción III alude al caso en que ya existe proceso penal y se prevén parecidos beneficios a favor del "indiciado", (expresión errónea, debiera decir procesado), y se requiere "aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección, o supervisión"; no basta con aportar indicios, se requiere de pruebas ciertas; acaso el legislador quiso referirse a datos que hagan prueba plena. Tampoco basta con aportar pruebas en contra de cualquier participante en la delincuencia organizada; es necesario que aquéllas versen sobre los partícipes más inquietantes, sancionados con mayor severidad: los administradores, directores o supervisores. La reducción penal puede alcanzar hasta la mitad de la sanción aplicable.

Sin embargo, existe el grave inconveniente de que el juez no puede dictar sentencia al colaborador hasta en tanto se sentencie a los otros integrantes mencionados; esto es, para que se le reduzca la pena se requiere que en diverso proceso se les sentencie con base en las pruebas que aportó y, hasta entonces se hará merecedor a tal beneficio, lo que origina que seguramente la sentencia del colaborador no se pronuncie en el plazo legal.

Como puede verse tal beneficio para poder ser aplicado debe prolongar el tiempo del proceso del colaborador, y una vez que nace el derecho a que se le otorgue tal beneficio (aun cuando tal sentencia fuera revocada en la segunda instancia o concedido el amparo por considerarla ilegal), no podría eliminarse ni desconocerse el beneficio ya otorgado al colaborador por el juez en la sentencia. Aun cuando sería más lógico que tal reducción se hiciera en ejecución de penas.¹⁵²

La fracción IV se refiere exclusivamente a la ejecución de penas, pues parte de que un sentenciado, aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, beneficio que consiste en que "podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de la libertad impuesta".

¹⁵² Cfr. Velasco Félix, Guillermo. Op. cit. p. 114.

Puede apreciarse que tal beneficio corresponde otorgarlo a la autoridad ejecutora, la cual deberá tomar en consideración la sentencia definitiva, se entienda firme, para poder otorgar tal beneficio; o sea, que la autoridad administrativa será la que deba estimar debidamente integrada tal hipótesis para que el colaborador merezca la remisión parcial de la pena en el porcentaje que se ofrece.

Como medio de protección, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece entre las normas sobre prisión preventiva y ejecución de penas, en el artículo 42 que los reclusos que han colaborado en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada deben hallarse en establecimientos distintos de aquéllos en los que estén reclusos estos últimos.

El mencionado artículo habla de "establecimientos distintos", no apenas de celdas, secciones o sectores separados. Por ello debe entenderse que dichos colaboradores se alojarán en instituciones o reclusorios diferentes, lo cual permite brindarles, como es debido, una protección mayor que la que tendrían si se les instalase en el mismo reclusorio que aloja a los otros delinquentes, aun cuando se hallaran en áreas diferentes.¹⁵³

Por último, el artículo 43 indica que los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional. Se observa la intención de excluir los sustitutivos y preferir el empleo de la sanción privativa de libertad, exactamente en contra del principio adoptado por la parte final del primer párrafo del artículo 51 del Código Penal Federal, el cual dispone que en caso de punibilidad alternativa el juez podrá imponer la privativa de la libertad sólo "cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial". Bajo el principio que informa este precepto, lo procedente sería preferir el sustitutivo.

La exclusión no es absoluta y decae cuando se trate "de quienes *colaboren* con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada" (artículo 43 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada). Por supuesto, no bastaría con esta colaboración; siempre será necesario

¹⁵³ Cfr. García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 184.

que se satisfagan los otros requerimientos acerca de los correspondientes sustitutivos.¹⁵⁴ Las mismas reglas se aplicarán con relación al tratamiento de preliberación y remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Debe destacarse que los artículos brevemente abordados de la ley especial que nos ocupa, en mayor medida versan sobre ciertos beneficios al “*colaborador*”, “*pentiti*” o “*testigo-delincuente protegido*” y en cambio muy poco se ocupan de establecer con certeza y claridad verdaderas medidas protectoras para ellos.

4.3.5 NEGOCIACIÓN DEL DELITO

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 una parte, y a investigaciones, capturas y procesamientos más “exitosos”, por la otra.

Así, en el llamado *Plea bargaining*¹⁵⁵ del Derecho de los Estados Unidos de América, las negociaciones relacionadas con la colaboración para enjuiciar a coparticipes en el delito, son expresiones bien sabidas de este acuerdo pragmático entre las autoridades y los inculpados, por no decir entre el Estado y los delincuentes. A pesar de que el régimen penal es uno de los sectores más delicados y sensibles de la función pública y desde luego, hay partidarios y detractores acérrimos de este género de composiciones, a las que algunos llamarían “*componendas*”.

En México, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, permeada por el enjuiciamiento penal anglosajón, hacia el que últimamente hemos vuelto la mirada cada vez más, admite generosamente la negociación entre la autoridad y los delincuentes colaboradores, la idea misma de colaboración o cooperación preside la benevolencia penal que decide la ley en comento.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 139-141.

¹⁵⁵ Vid. *Supra* capítulo III inciso 3.1, pp. 34 y 35.

Esta colaboración negociada se presenta específicamente en relación con el Ministerio Público de la Federación; lo que debe entenderse, habida cuenta del penúltimo párrafo del artículo 8º de la citada ley, con la oficina de la Procuraduría General de la República a cargo del sistema persecutorio de la delincuencia organizada (actualmente Unidad Especializada Contra la Delincuencia Organizada), y ocurre en dos momentos del procedimiento penal, a saber:

- Durante la averiguación previa; o
- Ante el órgano judicial.

4.3.5.1 DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Resulta evidente que en la penumbra de las investigaciones se organizará la negociación entre el Ministerio Público de la Federación y el partícipe del delito (éste último en realidad, no se encuentra implicado solamente en la averiguación previa, sino también y sobre todo en el delito que se averigua), que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de los *beneficios* establecidos en la citada ley especial.

4.3.5.2 ANTE EL ÓRGANO JUDICIAL

A pesar, de que el ajuste penal incumbe al juzgador, el Ministerio Público de la Federación deberá formular conclusiones apoyadas en el artículo 35 fracción II o III; o bien, en el artículo 36 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así se vinculará la decisión del tribunal, impedido para rebasar el pedimento del acusador oficial.

4.3.6 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el plano internacional, es bien conocido el principio de oportunidad, al que el Doctor Sergio García Ramírez considera "permite al Ministerio Público (o a la autoridad que practique la investigación y tenga a su cargo el ejercicio de la acción), resolver sobre la conveniencia o inconveniencia de instar el proceso penal, a la luz de consideraciones políticas, sociales o morales que pudieran prevalecer sobre la estricta aplicación de la ley. En los mismos términos se faculta al juzgador. En

suma, la decisión de la autoridad no está absolutamente preordenada por el legislador; éste deja cierto margen de discreción al ejecutor o aplicador de la norma para que resuelva sobre la oportunidad de aplicarla".¹⁵⁶

Juventino V. Castro y Castro citando a Gimeno Sendra define al 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 punible contra un autor determinado".¹⁵⁷

Las posibilidades de disposición que asisten al acusador público varían en su contenido en función de las características específicas de cada una de las legislaciones que acogen el principio de oportunidad como criterio de realización del *ius puniendi*.

En México la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada acoge ampliamente el principio de oportunidad; sin embargo, es seguro que no fue de manera accidental, ya que el propósito del legislador se deja ver en palabras del Doctor Eduardo Andrade Sánchez (entonces Senador de la República que emitió voto a favor) al referirse a la fracción I del artículo 35 explica su inclusión en este ordenamiento, "la razón por la cual aceptamos finalmente su redacción, fue atendiendo a la propia interpretación de la Procuraduría General República. Esta fracción dice: Cuando no exista averiguación previa en su contra los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona. La interpretación que nosotros pensamos que podría aplicar el Poder Judicial es con base a un principio que se incorporó del sistema norteamericano, bajo el razonamiento de que *nadie puede ser obligado a declarar en su contra* (Quinta enmienda en los Estados Unidos). Disposición que nosotros incorporamos aquí en México. Esto es, si existe información que alguien tiene y que jurídicamente no se le puede exigir, pero después la entrega de modo espontáneo y ayuda a la captura de una organización

¹⁵⁶ García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 128.

¹⁵⁷ Castro y Castro, Juventino V. Op. cit. p. 36.

peligrosa, entonces se puede hacer la ficción de que eso se sabe sólo para efectos que no le perjudiquen, porque para eso dicha persona estaba protegida por la prohibición de obligarle a declarar en su contra".¹⁵⁸

La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América tiene profundas e históricas raíces en la jurisprudencia angloamericana y versa sobre los Derechos de las Personas, estableciendo entre otras condicionantes el que la autoridad valore la relevancia del testimonio antes de proporcionar la citada inmunidad al testigo, amén de ser incriminatoria en contra de otros implicados en el delito.¹⁵⁹

Evidentemente la incorporación de este principio en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no deja de ser más que discutible y ciertamente el principio de legalidad ofrece las mayores y más claras garantías a la sociedad en general y a la justicia penal en particular. Por lo que toca al régimen de oportunidad, este se mueve en el impreciso y resbaladizo terreno de la discreción.

Así, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada acoge ampliamente el principio de oportunidad, aun cuando no llega al extremo de facultar al Ministerio Público Federal y al juzgador para apreciar con entera libertad la conveniencia de perseguir y sancionar. En estos casos el régimen de oportunidad se vale de la ley misma: por una parte, ésta dispone consideraciones especiales que no permite en otros casos y que se fundan en la conveniencia persecutoria; por otra, faculta a las autoridades para moverse con amplitud en el espacio del arbitrio excepcional que la ley contempla.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Andrade Sánchez, Eduardo. Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada, Op. cit. p. 63.

¹⁵⁹ Cfr. The Constitution of the United States of America. (Fifth Amendment), WEST GROUP, U.S.A., 2001, p. 1312.

¹⁶⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 128 y 129.

4.4 DELACIONES

Dentro de la misma tónica de buscar la colaboración social para la investigación de los delitos, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en su exposición de motivos se sostuvo en buscar “la colaboración anónima, que plantea la posibilidad de iniciar averiguaciones previas, recabar pruebas o interrogar a testigos, a partir de informaciones cuya fuente sea anónima”.¹⁶¹ Este supuesto se prevé en su artículo 38, que establece:

Artículo 38. En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso. Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.

Sobre el particular, Colín Sánchez señala, “en este precepto se alude a la recepción de informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta ley; empero, es el caso que esas informaciones anónimas son eso, informaciones anónimas y de ninguna manera pueden tomarse como un requisito de procedibilidad”.¹⁶²

En efecto, parece tratarse de un caso extremo de protección a quien transmite una *notitia criminis* y promueve, de esta suerte, la apertura de la averiguación previa. Es decir, la investigación ya se inició y avanzó apreciablemente desde el momento mismo en que el Ministerio Público de la Federación dispuso que se verificase el contenido de la delación anónima.

¹⁶¹ Exposición de Motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Op. cit. p.13.

¹⁶² Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 843.

Trátase de un precepto que alude a un incierto periodo de investigación anterior a la averiguación previa misma, sin definir las garantías que deberían imperar en éste; por lo que consideramos, se hace de imposible existencia en el procedimiento penal mexicano.

En este artículo, observamos que la citada ley especial extiende su radio de acción protector a *informantes* y a los *agentes infiltrados*, quienes desde luego no encuentran cobijo en hipótesis alguna de incapacidad o incompatibilidad¹⁶³ a la obligación de declarar como testigos. Sin embargo; concede como medida protectora el anonimato, a pesar de que la delación no tenga por sí sola, valor probatorio dentro del proceso, como señala el propio artículo 38, no la absuelve de su evidente carácter inquisitivo.

Finalmente, la regla que hasta ahora había gobernado el inicio de la averiguación previa, ha consistido en que ésta no puede comenzar lícitamente si no existen tales denuncia o querrela. Con ello suelen asegurar los tratadistas de la materia que el derecho mexicano ha cerrado la puerta al antiguo sistema inquisitivo que en otros tiempos se acomodó en las delaciones anónimas o secretas.

Guillermo Velasco Félix, expresando su rechazo hacia el citado artículo 38 y su deseo de no retroceder a épocas inquisitoriales de la Edad Media, hace una evocación de ese momento histórico y alude el siguiente pasaje: "En la bellísima ciudad de Venecia, precisamente en la Plaza de San Marcos, está el Palacio Ducal, observándose a la derecha de la puerta principal, empotrada en el muro, una máscara de cantera muy desgastada con la lengua de fuera y, en el hueco que forma es un buzón, al que podían acudir hombres embozados o damas veladas a deslizar por ahí sus denuncias anónimas, que servían de base para ejecutar aprehensiones. Se explica esto al visitante como algo terrible de aquella época".¹⁶⁴

¹⁶³ Vid. *Supra* capítulo II inciso 2.4, pp. 28-31.

¹⁶⁴ Velasco Félix, Guillermo. *Op. cit.* p. 118.

4.5 RECOMPENSAS

En el derecho histórico se conoció la costumbre de ofrecer recompensas por la entrega o la captura de algún delincuente, vivo o muerto. De tal suerte, la persecución penal entraba en el mercado y se convertía en fuente de lucro para los informantes o captores.

Contra estos usos se pronunciaron muchas voces; entre ellas, la de Beccaria, que denunció la inmoralidad de esa práctica.¹⁶⁵ En nuestro país, había dominado el criterio de que en efecto, hay cosas que el Estado no puede permitirse; una de ellas es ésta forma de poner precio a la cabeza de los delincuentes. Sin embargo, así se hizo y así se hace, en este caso por obra de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Artículo 37. Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine.

De ese texto resulta una colaboración retribuida, que sólo puede plantearse cuando existe orden de aprehensión contra algún miembro de la delincuencia organizada. Es decir, tratase de una vez que el asunto ha sido llevado ante el juzgador y éste ha librado la orden de aprehensión. Por ende, la recompensa no opera en la etapa de averiguación previa.

El Doctor Sergio García Ramírez considera que la expresión de la norma "localización y aprehensión" compromete al auxiliador en los dos actos que permitirán poner al inculcado a disposición de los tribunales: localización y, como secuela de ésta, aprehensión; no para aquélla "o" ésta. Parece excesivo que se requiera del informante la participación material en la captura del delincuente.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Cfr. Beccaria, Césare. De los Delitos y de las Penas, segunda edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1991, pp. 89 y 90.

¹⁶⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 201.

Por otra parte, el artículo comentado alude a una "recompensa", pero no establece su naturaleza. Cabe suponer que se tratará de una compensación en efectivo. Sin embargo, esto no se halla acotado en la ley. En tal virtud la retribución pudiera darse en moneda extranjera o en especie. Cabría la recompensa de otro carácter; así, el auxilio para obtener alguna prestación o beneficio.

Para ilustrar lo anterior, bastará con revisar las recompensas vigentes de las personas más buscadas por la Procuraduría General de la República, que ofrecen cuantiosas cantidades en dinero y además como medida de protección o beneficio adicional "*se mantendrá el anonimato del informante*".¹⁶⁷

En fin, el límite natural de esta cuestionable disposición es que la contraprestación sea lícita. En todo caso, compete al Procurador General de la República acordar, caso por caso, las características de la oferta que hace la autoridad. Así, en ese acuerdo se fijarán los aspectos más relevantes de la oferta de maras, a la manera de un concurso: objeto de éste, reglas para la colaboración con las autoridades, naturaleza de la recompensa y forma de entrega.¹⁶⁸

4.6 PROPUESTAS PARA REGULAR LA INSTITUCIÓN DE LOS TESTIGOS PROTEGIDOS

Derivado de la presente investigación, se exponen los planteamientos y propuestas a propósito de la obligación del Estado de establecer para la defensa de la vida del testigo (integridad, libertad, seguridad, etcétera), un sistema de protección legal efectivo, que logre conseguir un punto de equilibrio, altamente inestable ante las garantías del inculpado en el procedimiento penal mexicano.

¹⁶⁷ Página WEB de la Procuraduría General de la República, Personas Buscadas. México, 2002. <http://www.pgr.gob.mx/buscados/persbusc.htm>

¹⁶⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 201.

Lograr dicho equilibrio es sin lugar a dudas, una tarea por demás difícil, donde una vez más cobra vida la frase de Carmelutti: "*Conciliar lo inconciliable; esa es la gran tragedia del Derecho*", pero imperativa si se desea luchar eficazmente contra las manifestaciones más graves de la criminalidad.

Consideramos de vital importancia el apego al principio de legalidad en el que todas las autoridades, incluyendo administrativas y judiciales, han de regir sus actos con base en la norma, preservando así el Estado de Derecho como punto de equilibrio entre el poder y el Derecho, y éste aparece como un límite al poder restringiendo la discrecionalidad de todos los órganos del Estado.

Recomendamos erradicar del Derecho Procesal Penal Mexicano al principio de oportunidad que acoge ampliamente la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que faculta a las autoridades para moverse con amplitud en el espacio del arbitrio excepcional que la misma ley contempla. Y ciertamente el principio de legalidad ofrece las mayores y más claras garantías a la sociedad en general y a la justicia penal en particular. Mientras que el régimen de oportunidad se mueve en el impreciso y resbaladizo terreno de la discreción y la negociación de las penas.

El mencionado principio de oportunidad, solamente deberá continuar alojado en el proceso de individualización; no para evitar la pena, sino para ponderarla equitativamente entre los límites máximo y mínimo establecidos en la ley penal.

Estamos conscientes que la delincuencia organizada ha adquirido un poder de intimidación preocupante, donde los jueces, agentes del Ministerio Público, peritos, víctimas, testigos y demás personas, corren un evidente riesgo frente a la delincuencia organizada y a la delincuencia común. Sin embargo; tal protección, proponemos deberá por el momento continuar limitada a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por motivos del enorme costo económico que representa. Por tanto, los testigos dentro de un proceso penal de esa índole, por supuesto que si deben ser protegidos mediante un verdadero sistema de protección legal y efectivo, con mayor número de artículos en el Título Segundo, Capítulo Sexto De la protección de las personas, claramente redactados por el legislador, y deberán contener fundamentalmente los siguientes aspectos básicos:

- a) Circunscribir el radio de acción protector a quien interviniera en calidad de testigo no miembro de la delincuencia organizada, ello implica, que no podría acogerse a las medidas protectoras el arrepentido miembro de la delincuencia organizada y mucho menos proteger o financiar a informantes anónimos, delatores, agentes infiltrados u otro tipo de personas que proporcionen datos a las autoridades. Tal protección deberá ser extensiva a su núcleo familiar (cónyuge, compañera o compañero permanente y familiares precisando hasta que grado de parentesco) cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por motivo de la intervención en el procedimiento penal.
- b) Ejercitada la acción penal, competará exclusivamente a la autoridad judicial federal, a petición del Ministerio Público de la Federación, autorizar cada una de las medidas de protección a testigos. Sin embargo, ante situaciones donde sea necesaria dicha protección durante la averiguación previa, el Ministerio Público de la Federación adoptará las medidas urgentes, bajo su responsabilidad y con carácter provisional. Es decir, el órgano judicial resolverá sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas protectoras adoptadas provisionalmente durante la averiguación previa a fin de evitar abusos y corrupción.
- c) Algunas medidas de protección a testigos podrán ser:
- Para la práctica de cualquier diligencia se fije como domicilio a efecto de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar a su destinatario.
 - Cambio de domicilio cuando las circunstancias así lo justifiquen, y dicha protección podrá comprender el traslado al interior o exterior del país, incluidos los gastos de desplazamiento (se podrá requerir el apoyo de organizaciones internacionales que cuenten con normas y programas similares de protección a testigos, cuando sea necesario su traslado a otros países).

- Proporcionar una asignación económica mensual para cubrir los gastos básicos según su estrato social y nivel cultural (hasta la obtención de un nuevo empleo).
 - Ayudarlo a encontrar empleo, y pueda mantenerse nuevamente por su cuenta; o bien, proveer otros servicios necesarios para asistir a la persona con el fin de que se vuelva autosuficiente; por ejemplo, un oficio o negocio propio.
 - Se brindará protección policial discreta (si fuera ostensible, hace al testigo más fácil de detectar), en tanto rinda testimonio ante las autoridades, para posteriormente disminuir al grado de solo informar regularmente de la actividad que esté ejerciendo y el lugar donde se le pueda encontrar.
- d)** El cambio de identidad sólo se hará una vez termine el proceso, siempre y cuando cualquier otra medida resulte inadecuada. En caso de otorgarse esta medida máxima de protección, se solicitará a las autoridades públicas o privadas, la expedición de documentos que reemplacen a los que ya posee el protegido.
- e)** El testigo a proteger deberá obligarse a informar previamente a las autoridades sobre sus obligaciones de naturaleza fiscal, civil, familiar, penal, etcétera, a fin de no evadirlas con motivo de las medidas de protección. Con ello pretende asegurarse que no se tenga una segunda intención, ya que podría tratarse de un prófugo o alguien que trate de eludir problemas económicos o personales.
- f)** El testigo deberá justificar la amenaza o peligro que se cierne contra su vida o integridad, originada por su participación en el procedimiento penal. Riesgo que evaluará la autoridad, antes de otorgar alguna medida de protección.

Por último, consideramos conveniente para un mayor apego al principio de legalidad, que el programa de protección a testigos no tenga el actual carácter de reservado, a efecto de ofrecer claras garantías y certeza jurídica al protegido. Amén de permitir un mejor estudio y evolución del mismo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El testigo está jurídicamente obligado a declarar; se encuentra en una situación coactiva, que no es fórmula vacía, por que se negaría de manera implícita su esencia misma, es aviso y advertencia con repercusión jurídica. Sin embargo; ninguna persona que percibió un suceso punible previsto en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se prestará voluntariamente a deponer en tal calidad, si no se le asegura la protección de su vida e integridad física, y ello por su natural instinto de preservación.

SEGUNDA. En México, tenemos al principio de legalidad, ubicado dentro de un sólido sistema constitucional. No cabe en nuestro sistema el principio de oportunidad especialmente observado en la negociación entre el Estado y el partícipe de un delito, que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de ventajas en la persecución y la sanción de quien contribuye a aquéllas mediante información y pruebas aprovechables. Aquí el principio de legalidad se disemina ante el principio de oportunidad, contrarrestando los fines del Estado de Derecho.

TERCERA. Si bien, la razón de poner freno al vertiginoso crecimiento de la delincuencia organizada es apremiante, no justifica al Ministerio Público de la Federación para actuar a veces y en otras no, con fundamento en el artículo 35 fracción I de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, (importado al sistema jurídico mexicano a partir del derecho anglosajón, específicamente Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América) para allegarse de probanzas que, por una u otra causa, no pueden agenciarse los miembros de la

procuración de justicia; es ir en contra de las excelencias y el espíritu de nuestro artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual no sólo debemos estar orgullosos, sino convencernos de los efectos positivos que causa. No hay norma constitucional que dispense al Ministerio Público de actuar conforme a las atribuciones que le confiere el párrafo primero de la norma constitucional. El representante social, se encuentra legitimado para ejercer la acción penal; sin embargo, no constituye un poder o prerrogativa que pueda ejercer a su libre arbitrio, toda vez que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a los sujetos que hubieren afectado a la sociedad con la comisión de un hecho delictuoso, de donde deriva que el ejercicio de la acción penal es obligatorio siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia.

CUARTA. La declaración de testigos, ha sido utilizada desde tiempo inmemorial para llegar al conocimiento de la verdad, su importancia no puede ser menospreciada. En la actualidad, es uno de los medios de prueba cuya confiabilidad más se cuestiona, y no obstante, quizás el más empleado en el procedimiento penal. Casi podría afirmarse que no hay enjuiciamiento tanto civil, penal, familiar, laboral, etcétera, en el que no se examinen testigos.

QUINTA. Resulta acertado, el señalamiento explícito de la obligación del Estado de adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservar la vida y la integridad de las personas cuyos derechos pudieran estar amenazados con motivo de su intervención en el procedimiento penal sobre delitos a que se refiere la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, sin embargo; habría sido conveniente incorporarlo en el ordenamiento procesal ordinario, y no apenas en el reservado a los asuntos de la delincuencia organizada. Pero, de ser así se tomaría económicamente incosteable.

SEXTA. Indudablemente, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada dispone de diversos beneficios y reducciones penales para el *arrepentido o colaborador* miembro de la delincuencia organizada, mismos que podrán otorgarse en tres momentos: en ocasión a la averiguación previa; durante el proceso; y en oportunidad de la ejecución de sanciones. Pero en menor medida se ocupa de establecer verdaderas medidas protectoras para el testigo no miembro de la delincuencia organizada. Siendo, que el Estado se encuentra mayormente obligado con los segundos que con los primeros.

SÉPTIMA. El precepto de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (artículo 14), que establece como medida protectora a testigos el mantener bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal, resulta contradictorio a los principios constitucionales que tiene el inculcado, y a pesar de que esa protección terminará precisamente al llegar los indiciados ante el juez a rendir su declaración preparatoria, no la absuelve de su evidente carácter inquisitivo.

OCTAVA. Es certera la regla que hasta ahora había gobernado el inicio de la averiguación previa, y ha consistido en que ésta no puede comenzar lícitamente, si no existen tales denuncia o querrela y de ninguna manera las informaciones anónimas pueden tomarse como requisito de procedibilidad. Con ello solía asegurarse que el derecho mexicano había cerrado la puerta al antiguo sistema inquisitivo que en otros tiempos se acomodó en las delaciones anónimas o secretas. Sin embargo, si lee uno el artículo 38 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, esto no aparece como verdadero.

NOVENA. Se propone la ampliación en el número de artículos, del Capítulo Sexto De la protección de las personas, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; a efecto de construir un sistema de protección a testigos, legal y efectivo. Adiciones que tendrían la finalidad de superar la etapa en la que se cuenta con un solo precepto que a su vez establece y regula a la figura jurídica en su conjunto (artículo 34); situación en la que actualmente nos encontramos.

Por tal motivo sugerimos, se adicionen los siguientes artículos:

Artículo 34-Bis. Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la vida e integridad de las personas por causa de rendir testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada, sin formar parte de ésta; el juzgador deberá, a petición del Ministerio Público de la Federación, resolver dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, a partir de recibida la solicitud, sobre la procedencia de autorizar, alguna, algunas o todas las medidas de protección de los testigos, lo mismo que a sus ascendientes, descendientes o hermanos y al cónyuge, o a la concubina o concubinario.

Artículo 34-Ter. Las medidas de protección a testigos podrán consistir en cualquiera de las siguientes determinaciones:

I. Se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial requerido, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario;

II. Cambio de domicilio, cuando las circunstancias así lo justifiquen, al interior o exterior del país incluidos los gastos de desplazamiento;

III. Proveer una asignación económica mensual para cubrir los gastos básicos, hasta la obtención de un nuevo empleo;

IV. Asistir a la persona en la obtención de un empleo, o proveer otros servicios necesarios con el fin de que se vuelva autosuficiente;

V. El cambio de identidad sólo se hará una vez termine el proceso, cuando cualquier otra medida resulte inadecuada; y

VI. Con fundamento en la nueva identidad, el juez ordenará a las instituciones públicas o privadas, la expedición de documentos que reemplacen a los que ya se poseen.

Artículo 34-Quáter. Las medidas de protección a testigos, previstas en las disposiciones del presente capítulo, tienen por objeto, la reubicación social de las personas en un entorno de vida normal y en el menor tiempo posible eliminar los factores de riesgo, debiendo requerir el consentimiento expreso de la persona en quien vayan a tener efecto.

DÉCIMA. Un aspecto importante es el factor de temporalidad, en caso de otorgarse protección policial para el testigo y su núcleo familiar por parte de la Procuraduría General de la República, se sugiere que la reubicación social del protegido en un entorno de vida normal, sea la tarea última de esta medida, es entonces cuando se deberá demostrar la capacidad de esta autoridad, para dentro del menor tiempo posible eliminar los factores de riesgo y lograr aquel objetivo. Hacer indefinidos en el tiempo los mecanismos de protección, es aceptar la inoperancia del sistema.

DÉCIMA PRIMERA. Es recomendable establecer en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como piedra angular del esquema, la necesidad de justificar que la vida e integridad del testigo corren peligro con motivo de su intervención en un procedimiento penal contra la delincuencia organizada, y en consecuencia, la obligación de la autoridad de verificar la veracidad de estos datos antes de proporcionar cualquiera de las medidas de protección. Esto con el fin de evitar un aumento en el número de testigos protegidos, lo cual resultaría una situación inmanejable.

DÉCIMA SEGUNDA. El reto de la protección a testigos es neutralizar a la intimidación que es uno de los principales instrumentos operativos de la delincuencia organizada. De esta manera se garantizará que las investigaciones en muchos casos no se vean truncadas ante el muro del silencio que interponen quienes, fundamentalmente, temen por su seguridad o la de su familia. Para lograr la colaboración social en la investigación, será preciso prescindir de la calidad de reservado que tiene el actual programa de protección a testigos de la Procuraduría General de la República, a fin de ofrecer mayores y más claras garantías, certeza jurídica a la sociedad en general y a la justicia penal en particular.

BIBLIOGRAFÍA

Adíp, Amado. Prueba de Testigos y Falso Testimonio, reimpresión de la primera edición, Ediciones-Depalma, Argentina, 1995.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, Tomo II, segunda edición, Porrúa, México, 1985.

Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, primera edición, UNAM-SENADO DE LA REPÚBLICA, México, 1996.

Andrade Sánchez, Eduardo. Reforma Constitucional y Penal de 1996, primera edición, UNAM-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 1996.

Andrade Sánchez, Eduardo. Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada, primera edición, Instituto de la Judicatura Federal, México, 1998.

Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal, primera edición, McGRAW-HILL Editores, México, 1999.

Beccaria, Césare. De los Delitos y de las Penas, segunda edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1991.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, vigesimosegunda edición, Porrúa, México, 1999.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, vigésima edición, Porrúa, México, 1999.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, decimoséptima edición, Porrúa, México, 1998.

- De la Cruz Agüero, Leopoldo. *Procedimiento Penal Mexicano*, segunda edición, Porrúa, México, 1996.
- Dellepiane, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*, tercera reimpresión de la novena edición, Editorial Temis, Colombia, 1997.
- Dominguez del Río, Alfredo. *Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Porrúa, México, 1977.
- Finn, Peter. *Preventing Gang and Drug-Related Witness Intimidation*, National Institute of Justice, U.S.A., 1996.
- Florian, Eugenio. *De las Pruebas Penales, Tomo I y II*, reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 1990.
- Florian, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, segunda edición española, Bosch-Casa Editorial, España, 1993.
- García Ramírez, Sergio. *Delincuencia Organizada*, segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2000.
- García Ramírez, Sergio. *El Sistema Penal Mexicano*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Hernández Plicgo, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Porrúa, México, 1997.
- Mancilla Ovaldo, Jorge Alberto. *Breve Estudio Sobre las Pruebas en el Juicio Penal Federal*, primera edición, Porrúa, México, 1996.
- Margadant Spanjaerdt, Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*, vigésima edición, Editorial Esfinge, México, 1994.
- Mittermaier, C.J.A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, tercera edición, Editorial Imprenta de la Revista de Legislación, España, 1877.
- Molina del Pozo, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, tercera edición, Editorial Trivium, España, 1997.

Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, quinta reimpresión, Editorial LIMUSA, México, 1997.

Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil, décima edición, Porrúa, México, 1983.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, décimo segunda edición, Porrúa, México, 1995.

Placencia Villanueva, Raúl. Crimen Organizado y Secuestro, Volumen III, primera edición, Editorial UNISON (Universidad de Sonora, División de Ciencias Sociales), México, 1995.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, vigesimoquinta edición, Porrúa, México, 1997.

Sáenz de Santa María, Paz Andrés. Introducción al Derecho de la Unión Europea, segunda edición, EUROLEX Editorial, España, 1999.

Sagrada Biblia, traducción del Pbro. Magaña Méndez Agustín, 83ª edición, Ediciones Paulinas, México, 2000.

Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Harla, México, 1995.

Velasco Félix, Guillermo. Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada, primera edición, Instituto de la Judicatura Federal, México, 1998.

HEMEROGRAFÍA

Castro y Castro, Juventino V. Los Testigos Protegidos, Revista El Mundo del Abogado, Año 3 Número 15, Julio 2000, Distrito Federal, México.

Gélvez, Fernando Omar. Testigos de Identidad Reservada, Revista LA LEY, Año LXIV Número 140, 24 de julio de 2000, Buenos Aires, Argentina.

Palacios Sánchez-Izquierdo, José Ricardo. Ley de Protección a Testigos y Peritos, Revista Estudios de Deusto, Segunda Época Volumen 43/1 Ene-Junio, 1995, Bilbao, España.

DICCIONARIOS

BLACK'S Law Dictionary, Garner, Bryan A. seventh edition, WEST GROUP, U.S.A., 1999.

Diccionario de Derecho Procesal Penal, Díaz de León, Marco Antonio. Tomo II, tercera edición, Porrúa, México, 1997.

Diccionario de la Lengua Española-Real Academia, Tomo I y II, vigésima primera edición, Editorial Espasa Calpe, España, 1999.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Cabanellas, Guillermo. Tomo VI y VIII, vigésima edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1986.

Diccionario Latin-Español SOPENA, Tomo II, primera edición, Editorial Ramón Sopena, España, 1997.

LEGISLACIÓN

Código Penale. Annotazi e Coordinamenti a Cura di Mario Abate, dodicesima edizione, Casa Editrice LA TRIBUNA, Italia, 2000.

Código de Organización, Competencia y Procedimiento en Materia Penal para el Distrito. 7 de octubre de 1929, Diario Oficial de la Federación.

Código Federal de Procedimientos Penales. Agenda Penal Federal Compendio de Leyes Penales, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Agenda Penal para el Distrito Federal Compendio de Leyes Penales, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Expedido el 6 de julio de 1894, Editorial Herrero Hermanos Sucesores, con comentarios del Licenciado Eduardo Pallares, México, 1924.

Código Penal Federal. Agenda Penal Federal Compendio de Leyes Penales, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Código Penal para el Distrito Federal. Agenda Penal para el Distrito Federal Compendio de Leyes Penales, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. (Ley 23.984) Boletín Oficial de 9 de septiembre de 1991, Buenos Aires, Argentina.

Constitución Española. Ministerio de Asuntos Exteriores-Oficina de Información Diplomática, España, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 137ª edición, Porrúa, México, 2001.

Decreto 262/98 Oficina de Protección de Testigos e Imputados. Boletín Oficial de 18 de marzo de 1998, Buenos Aires, Argentina.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Compila V Poder Judicial de la Federación, México, 2000.

Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. Boletín Oficial del Estado, 3495 24 de Diciembre de 1994, España.

Ley 24.424. (modificadora de la Ley 23.737) Boletín Oficial de 9 de enero de 1995, Buenos Aires, Argentina.

Ley 418 de 1997. Diario Oficial (NÚM. 43201) 26 de diciembre de 1997, Santafé de Bogotá D.C., Colombia.

Ley 548 de 1999. Diario Oficial (NÚM. 43827) 23 de diciembre de 1999, Santafé de Bogotá D.C., Colombia.

Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada. Boletín de la Unión Europea, agosto de 1997, Luxemburgo.

Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación en Materia de Testigos, Víctimas e Intervinientes en el Proceso. Resolución N°. O-2700 Fiscalía General de la Nación, 22 de noviembre de 1996, Santafé de Bogotá D.C., Colombia.

The Constitution of the United States of America. (Fifth Amendment), WEST GROUP, U.S.A., 2001.

Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas. edición preparada por Araceli Mangas Martín, séptima edición, Editorial TECNOS, España, 1999.

United States Code Annotated. (secciones 6001 a 6005 del Título 18), WEST GROUP, U.S.A., 2000.

DIRECCIONES EN INTERNET

ARGENTINA

<http://www.jus.gov.ar/minjus/default.htm>

<http://infoleg.mecon.gov.ar/default.htm>

<http://www.juschubut.gov.ar/>

COLOMBIA

<http://www.minjusticia.gov.co/>

<http://www.ramajudicial.gov.co/>

<http://www.fiscalia.gov.co/>

<http://www.coladiv.org/>

ESPAÑA

<http://www.boe.es/>

ESTADOS UNIDOS

<http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/toc.html>

<http://www.usdoj.gov/ag/index.html>

ITALIA

<http://www.penale.it/>

<http://www.penaleroma.it/>

MÉXICO

<http://www.scjn.gob.mx/>

<http://www.pgr.gob.mx/>

UNIÓN EUROPEA

<http://europa.eu.int/eur-lex/es/oj/index.html>

<http://europa.eu.int/>