

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.  
FACULTAD DE DERECHO. POSGRADO EN DERECHO.**

**COMITÉ TUTORAL:**

**DOCTOR EN DERECHO SALOMÓN AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL;  
DOCTOR EN DERECHO MARÍA CLAUDIA CAMPUZANO CABALLERO; Y  
DOCTOR EN DERECHO JULIO CÉSAR KALA.**

**TUTOR PRINCIPAL:**

**DOCTOR EN DERECHO SALOMÓN AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL.**

**“UN PROCEDIMIENTO FEDERAL  
DE PROCURACIÓN BIPOLAR  
DE JUSTICIA PENAL”.**

**TESIS QUE PARA OBTENER**

**EL GRADO DE:**

**DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA**

**EL CANDIDATO AL GRADO:**

**HUMBERTO HARO MEDEROS.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

La presente tesis de grado se realizó dentro del proyecto PAPIIT, IN-304805 de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuyos coordinadores son la maestra Laura Páez Díaz de León y el doctor Augusto Sánchez Sandoval.

## **Agradecimientos:**

A Dios.

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México.

A mi tutor principal, el doctor Salomón Augusto Sánchez Sandoval.

A los doctores María Claudia Campuzano Caballero  
y Julio César Kala,  
miembros del Comité Tutorial.

## **Dedicatorias:**

A mis padres Humberto y María del Carmen.

A Mayra, mi esposa.

## Tabla de contenido:

|  | Página     |
|--|------------|
| Introducción . . . . .   | 09         |
| <b>Capítulo primero.</b><br><b>La situación de los derechos de los agraviados por el delito durante la averiguación previa de delitos federales.</b> |            |
| <b>I. Los legisladores y la conservación de intereses de poder, en la “criminalización primaria”.</b>  |            |
| A. La influencia de la correlación de fuerzas entre los “grupos de poder” en la labor criminalizadora y el “endurecimiento” de leyes . . . . .       | 18         |
| B. Los bienes que tutela la Ley Federal contra la “Delincuencia Organizada” mexicana . . . . .   | 29         |
| C. La protección en materia de delincuencia organizada a jueces, peritos, testigos y víctimas; y los beneficios a “delatores” . . . . .              | 38         |
| <b>II. La legislación federal “pseudo-garantista”, para el agraviado frente al evento delictivo. Alcances y fenomenología de su incumplimiento.</b>  |            |
| A. La resolución 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas . . . . .   | 43         |
| B. Las garantías del artículo 20 apartado “B” constitucional implícitamente excluidas de la indagatoria penal . . . . .                              | 46         |
| 1. Primera garantía: Asesoría jurídica . . . . .   | 53         |
| 2. Segunda garantía: Recibir información necesaria . . . . .   | 59         |
| 3. Tercera garantía: Obtener la reparación del daño . . . . .  | 71         |
| 4. Cuarta garantía: Careo voluntario con menores víctimas de violación o secuestro . . . . .   | 79         |
| 5. Quinta garantía: Solicitar seguridad y auxilio . . . . .  | 83         |
| C. Las garantías del artículo 20 apartado “B” constitucional aplicables desde el procedimiento de averiguación previa de manera expresa . . . . .    | 87         |
| 1. Primera garantía: Recepción de datos o pruebas . . . . .  | 87         |
| 2. Segunda garantía: Desahogo de diligencias . . . . .   | 92         |
| 3. Tercera garantía: Fundamentación y motivación de negativa . . . . .   | 94         |
| 4. Cuarta garantía: Atención médica y psicológica “de urgencia” . . . . .  | 98         |
| <b>III. El problema humano del ministerio público con relación al agraviado.</b> . . . . .   | <b>102</b> |

**Capítulo segundo.**  
**La situación de los derechos de los inculcados en el delito**  
**durante la averiguación previa de delitos federales.**

|   | Página     |
|---|------------|
| <b>I. La labor legislativa retardada al declarar garantías penales.</b>   | <b>116</b> |
| <b>II. Las “pseudo-garantías” declaradas para el inculcado en la averiguación previa. Alcances y ejercicio inacabado.</b>   |            |
| <b>A. Los derechos humanos del inculcado reconocidos en documentos internacionales frente al artículo 133 constitucional .</b>  | <b>127</b> |
| <b>B. Las garantías del artículo 20 apartado “A” constitucional manifiestamente excluidas de la averiguación previa .</b>   | <b>130</b> |
| <b>C. Las garantías del artículo 20 apartado “A” constitucional de observancia obligatoria limitada desde la investigación ministerial .</b>  | <b>134</b> |
| 1. Primera garantía: Libertad provisional bajo caución .  | <b>137</b> |
| 2. Segunda garantía: Derecho de abstenerse de declarar .  | <b>156</b> |
| 3. Tercera garantía: No incomunicación, intimidación ni tortura .   | <b>163</b> |
| 4. Cuarta garantía: Derecho a ofrecer y desahogar pruebas, y auxilio para la comparecencia de testigos. .   | <b>170</b> |
| 5. Quinta garantía: Facilitación de datos para defenderse .   | <b>175</b> |
| 6. Sexta garantía: Información de derechos constitucionales .   | <b>178</b> |
| 7. Séptima garantía: Defensa adecuada .   | <b>180</b> |
| <b>III. Las atribuciones ministeriales en la integración de averiguaciones previas .</b>  | <b>189</b> |
| <b>IV. Las reglas “especiales” de investigación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en función de las “negaciones y excepciones” a las garantías individuales del inculcado en la averiguación previa .</b> | <b>205</b> |

**Capítulo tercero.**  
**El derecho penal mínimo desde la concepción de Alessandro Baratta,**  
**y su aplicación federal en la averiguación previa mexicana.**

|  | <b>Página</b> |
|--|---------------|
| <b>I. Los medios legales de defensa y control, a favor de los agraviados por el delito, y de los inculpados en el delito, durante la averiguación previa.</b>                      |               |
| A. El recurso ordinario y el juicio de garantías . . . . .   | 214           |
| B. La responsabilidad administrativa y penal . . . . .   | 224           |
| C. Las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos . . . . .   | 228           |
| <b>II. El derecho penal “mínimo” y el “garantismo penal” . . . . .</b>   | <b>235</b>    |
| <b>III. Los principios intrasistemáticos de la “mínima intervención penal”, orientados al respeto y defensa de los derechos humanos, a partir de Alessandro Baratta.</b>           |               |
| A. Principios de limitación formal . . . . .   | 240           |
| B. Principios de limitación funcional . . . . .  | 254           |
| C. Principios de limitación personal (responsabilidad penal) . . . . .   | 265           |
| <b>IV. Los principios extrasistemáticos de la “mínima intervención penal”, orientados al respeto y defensa de los derechos humanos, a partir de Alessandro Baratta.</b>            |               |
| A. Principios de descriminalización . . . . .  | 270           |
| B. Principios metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales . . . . .   | 273           |
| <b>V. Los presupuestos previos para un nuevo procedimiento federal de “procuración bipolar de justicia penal”, que sea “garantista” para el agraviado y el inculpado . . . . .</b> |               |
|  | <b>278</b>    |
| <b>Conclusiones finales . . . . .</b>  | <b>282</b>    |
| <b>Propuestas finales . . . . .</b>  | <b>287</b>    |
| <b>Fuentes de investigación . . . . .</b>  | <b>297</b>    |
| <b>Abreviaturas utilizadas . . . . .</b>   | <b>302</b>    |



## Introducción.

A pesar de que la seguridad de todos es razón esencial del Estado, pareciera que el mexicano está solo, sin que en ocasiones la gran fuerza pública pueda o quiera protegerlo; y por otra parte, aunque los derechos fundamentales están declarados en los sistemas penales de la "modernidad", incluido el nuestro, las personas que a elección de las policías son detenidas por imputaciones en la comisión de algún delito, están también solas frente a la violencia punitiva oficial.

La contraparte del problema del crimen sin castigo (impunidad) es el castigo sin crimen (injusticia). No hay estudios especializados serios para medir la impunidad no oficial en México, aunque la percepción social la ubica arriba del 96%. En cuanto al encarcelamiento de inocentes tampoco se tienen números confiables.

Es así como se ha producido aceleradamente el descrédito de las instituciones de procuración de justicia por la ineficacia en su actuación, lo que alimenta el ciclo de la doliente inseguridad pública y genera la llamada "cifra negra", es decir, el número de delitos efectivamente cometidos pero no denunciados ante las autoridades competentes; y por tanto, además de impunes, fuera de los registros oficiales.

En un sistema cerrado como el nuestro, los procesados lo son en muchos casos injustamente, lo que les acarrea su propio desprestigio social y económico, además de la pérdida de tiempo y de vida, sobre todo cuando se les priva de su libertad y luego son absueltos de los delitos que se les acusaba.

El gobierno mexicano ha tratado de resolver estas deficiencias con medidas parciales: modificando leyes de manera casuística, aumentando los presupuestos, intentando capacitar a los mismos policías de siempre o elaborando "programas de contingencia". Lo que en realidad se requiere son medidas integrales desde la prevención del delito, la procuración y administración de justicia, y el tratamiento penitenciario.

Además los altos índices delincuenciales no únicamente deben analizarse desde la perspectiva de la procuración y la administración de justicia, sino que es necesario considerar otros factores extralegales, como los problemas económicos que frenan el crecimiento y generan desempleo.

Sin embargo no es factible esperar que se resuelvan los problemas económicos para atender la inseguridad, ni a que haya recursos para dar seguimiento a todas las denuncias. Aunque hay que aclarar que esta problemática no compone la materia toral de la presente tesis, sino que sólo es adyacente:

El problema real a estudiar que afecta a los agraviados por el delito y a los inculpados en el, es la carencia de un verdadero “estado de derecho”, entendido como el estricto apego de la autoridad a las leyes. En este contexto, el procedimiento de arranque, en la aplicación de la ley penal a casos concretos, es la averiguación previa, por lo que al ser el cimiento es fundamental que se desarrolle con toda diligencia legal.

Para ello, surge la necesidad de transparentar su trámite para que todas las autoridades ministeriales y policíacas actuantes rindan cuentas de sus funciones, donde los agraviados tengan posibilidad legal y material de hacer valer sus derechos, lo que difícilmente ocurre en esta fase procedimental penal. Para ello se evalúa la pretensión de quitar al ministerio público “el monopolio del ejercicio de la acción penal”, bajo ciertas condiciones previas y una exhaustiva “descriminalización” primaria y secundaria.

Se necesitan mecanismos como los que plantea la oralidad para hacer efectiva la reparación de daños y perjuicios, ya sea mediante dinero en efectivo o trabajo comunitario. Los recursos provenientes de decomisos pueden constituir un fondo para la reparación inmediata, independientemente que después el inculpado, de resultar responsable pleno en resolución judicial definitiva, reponga el monto de que se trate.

Después de cometido un delito, se detectó cómo la víctima es sobrevictimizada y el inculpado se convierte en víctima desde su primer contacto con el aparato oficial que comprende el sistema penal mexicano, del cual su primera fase “civilizada” (después de la policíaca), es la desarrollada ante el ministerio público (en nuestro caso de competencia federal). Por tanto, el poder punitivo del Estado despliega violencia institucionalizada, y se aleja de los derechos humanos y de la justicia esperada.

“Un Procedimiento Federal de Procuración Bipolar de Justicia Penal”, busca dar respuesta teórica a los problemas de inseguridad jurídica y violación de garantías penales durante el procedimiento de averiguación previa en el fuero federal, contra los gobernados en conflicto, particularmente, el inculpado y el agraviado concreto por el delito.

Para ello, se propuso, como solución, aplicar parte de los postulados intra-sistemáticos y extra-sistemáticos del “derecho penal mínimo” de Alessandro Baratta, para estructurar una nueva averiguación previa de delitos federales, que sea garantista y proporcione seguridad jurídica efectiva en la procuración de justicia, acorde con los pretendidos avances electorales y políticos en nuestro país.

### **Antecedentes del problema**

El planteamiento del problema a investigar tomó como antecedentes las conclusiones de algunos autores que han trabajado el problema de investigación con anterioridad, quienes coinciden en lamentar que el ministerio público durante la averiguación previa viole garantías individuales. Entre ellos:

Los maestros Alicia González Vidaurri, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, que en su libro: *“Control Social en México Distrito Federal, Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos”*, reimpressa (2004) por la Facultad de Estudios Profesionales Acatlán, de la Universidad Nacional Autónoma de México, demuestran como el sistema penal evita que la cárcel aloje a las clases encumbradas.

El maestro Raúl Guillén López, con su obra: *“Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa”* (2003), quien enfatiza su preocupación por encontrar un procedimiento penal en México que garantice la eficaz persecución de los delincuentes y al mismo tiempo la protección de la libertad “ante los abusos del juez y del ministerio público”.

El doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus *“Tres Ensayos y un Epílogo. Función Constitucional del Ministerio Público”*, publicado (2002) por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde da cuenta de varias disfunciones de la actividad ministerial.

Y como obra general la *“Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”*, del maestro Alessandro Baratta, publicado por primera vez en México (1986) por editorial Siglo XXI, donde lleva a cabo un portentoso análisis de las principales teorías que niegan los principios de la ideología de la defensa social o del fin, sustento del sistema penal.

### **Planteamiento del problema**

El planteamiento del problema a investigar desde un inicio se delimitó a la inseguridad jurídica ciudadana como resultado del marco legal vigente de actuación ministerial federal, al considerar que desde este punto de vista, con relación al artículo 20 constitucional, el tema no se había abordado por los autores anteriores.

Además de las investigaciones antepuestas, el planteamiento del problema se sustenta en múltiples casos concretos derivados de la experiencia profesional del alumno como defensor público federal, lo que poco a poco reveló que la manera cómo está diseñada la regulación del actuar del ministerio público federal en nuestro país, produce una doble inseguridad ciudadana: 1] como agraviado; y, 2] como inculpado. De modo que, como se ha señalado, los derechos de ambos quedan en la simulación.

Esto quiere decir que la operación real del ministerio público federal genera enorme inseguridad jurídica para los mexicanos en 2 vertientes: 1] incapacidad de satisfacer las expectativas reales de las víctimas representadas; y, 2] imposición de cargas y actos de molestia en sus “investigaciones”, sin garantizar los derechos mínimos que la Constitución reconoce a los involucrados en una averiguación previa.

### **Objetivo general**

Para responder al problema planteado, el objetivo general de la investigación consistió en: analizar la forma de hacer operativo un nuevo procedimiento penal a partir del artículo 20 constitucional. Para ello, primero se identificaron y describieron las más costosas fallas del actual procedimiento en relación directa con las garantías individuales. El resultado se plasma a lo largo los 3 capítulos que comprende la tesis.

### **Objetivos específicos**

Los objetivos específicos, entendidos como pasos previos para alcanzar el objetivo general, fueron:

- 1] Conocer los alcances jurídicos del artículo 20 constitucional en la averiguación previa;
- 2] Conocer los principios del “derecho penal mínimo” a partir de las ideas de Alessandro Baratta; y,
- 3] Aplicar teóricamente una selección de éstos principios a la construcción de una nueva averiguación previa mexicana, con relación a las garantías individuales de agraviados e inculpados.

### **Selección de métodos**

Para ello, se utilizaron de forma complementaria al método científico: el análisis crítico del maestro Alessandro Baratta, el inductivo - deductivo y el sistemático. Y se constató que la solución a la criminalidad no sólo está en el derecho, y concretamente en el derecho penal, ni mucho menos en la ley penal, sino que debe ser multidisciplinaria y sobretodo política y social, para reducir al máximo las inequidades en la detentación del poder y de la riqueza.

### **Selección de técnicas**

Las técnicas jurídicas de investigación empleadas para la captación de experiencias y conocimientos del fenómeno investigado fueron mayoritariamente indirectas, entre ellas: las documentales bibliográfica, hemerográfica y legislativa. También se recurrió en menor grado a la técnica de investigación directa o de campo consistente en la observación científica estructurada de la forma de trabajar de las fiscalías.

En suma, se utilizó el modelo metodológico que el doctor Luis Ponce de León Armenta condensa en: definir la investigación, programar lo definido, desarrollar lo programado, escribir y registrar lo desarrollado, y autoevaluar y aplicar lo escrito o registrado.

### **Hipótesis**

La hipótesis inicial se planteó de manera positiva, partiendo del ideal de que el sistema de trabajo inherente a las agencias del ministerio público federales que reciben personas detenidas (o comparecientes en libertad), así como denuncias (o querellas), sí permite la observancia de sus garantías individuales dentro de las averiguaciones previas. Dicha hipótesis es la siguiente: “El procedimiento penal federal vigente de averiguación previa sí garantiza los derechos constitucionales de víctimas e inculpados”.

### **Capítulo primero**

Para descifrar lo anterior, en el capítulo primero se describe “la situación del agraviado por hechos delictivos, y sus derechos, durante la averiguación previa de delitos federales”, desde 3 ángulos: I.- los legisladores y la conservación de intereses de poder, en la criminalización primaria; II.- los alcances y fenomenología del incumplimiento de la legislación federal “pseudo-garantista”, para los agraviados por el evento delictivo; y, III.- el problema humano del ministerio público con relación a aquellos.

La primera parte aborda la influencia de la correlación de fuerzas entre los “grupos de poder” en la labor criminalizadora y el “endurecimiento” de leyes, hasta llegar a los bienes protegidos por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada mexicana y su endeble relación con los derechos del agraviado, a excepción de los jueces, peritos, testigos y víctimas “protegidos”, y de los beneficios a “delatores”.

La segunda parte, inicia con el documento internacional donde se fundamentan las garantías del agraviado: la resolución 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas; y continua con las garantías del artículo 20 apartado “B” constitucional, que quedaron implícitamente excluidas de la indagatoria penal.

Entre ellas: la de asesoría jurídica; recepción de información necesaria; obtención de la reparación del daño; careo voluntario con menores víctimas de violación o secuestro; y, solicitud de seguridad y auxilio.

Posteriormente, se revisan por separado las 4 garantías del artículo 20 apartado “B” constitucional aplicables expresamente a la averiguación previa: recepción de datos o pruebas; desahogo de diligencias; fundamentación y motivación de negativa obligada; y, atención médica y psicológica “de

urgencia". Se concluye el capítulo con la descripción y análisis de las principales funciones del ministerio público federal con relación a los agraviados por el delito, dentro de la averiguación previa.

## **Capítulo segundo**

El capítulo segundo, relativo a "la situación del inculpado, y sus derechos, durante la averiguación previa de delitos federales", comprende 4 partes:

I.- los legisladores y los intereses de poder al instituir derechos humanos; II.- los alcances y ejercicio inacabado de las "pseudo-garantías" declaradas al inculpado en la averiguación previa; III.- las atribuciones ministeriales en su integración; y, IV.- las reglas "especiales" de investigación de la delincuencia organizada, y las "negaciones y excepciones" a sus garantías individuales.

En la primera parte, se reflexiona sobre la labor legislativa "garantista penal" retardada. En la segunda sobre los documentos internacionales que reconocen derechos humanos al inculpado según el artículo 133 constitucional, las garantías del artículo 20 apartado "A" constitucional manifiestamente excluidas de la averiguación previa, y las garantías que sí son de observancia obligatoria (si bien limitada) en dicha etapa.

De éstas últimas se analiza: la libertad provisional bajo caución; el derecho de abstenerse de declarar; las prohibiciones de incomunicación, intimidación y tortura; el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, y a ser auxiliado para la comparecencia de testigos; la facilitación de datos para defenderse; la información de sus derechos constitucionales; y, la defensa adecuada.

Se finaliza el capítulo con las atribuciones ministeriales en la integración de averiguaciones previas, y con las reglas "especiales" de investigación de la ley federal contra la delincuencia organizada en función de las "negaciones y excepciones" a las garantías individuales del inculpado en dicha etapa.

## **Capítulo tercero**

El capítulo tercero y último, se refiere al "derecho penal mínimo del tratadista Alessandro Baratta, y su aplicación federal en la averiguación previa mexicana", y se divide en 5 partes:

Los medios legales de defensa y control, a favor del agraviado y del inculpado en la averiguación previa (I); el derecho penal "mínimo" y el "garantismo penal" (II); los principios intrasistemáticos (III) y extrasistemáticos (IV) de la "mínima intervención penal"; y, los presupuestos para un nuevo procedimiento federal de "procuración bipolar de justicia penal garantista" (V).

La primera parte aborda el problema del recurso ordinario y el juicio de garantías, para seguir con la responsabilidad administrativa y la penal, y las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La segunda parte, muestra el “derecho penal mínimo” y al “garantismo penal”; y la tercera y cuarta analizan los principios intrasistemáticos y extrasistemáticos de la “mínima intervención penal” para el respeto y defensa de los derechos humanos a partir del maestro Alessandro Baratta.

Los primeros son: A.- de limitación formal; B.- de limitación funcional; y, C.- de limitación personal (responsabilidad penal). Y los segundos: A.- de descriminalización; y, B.- metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales.

Los de limitación formal son: 1] de reserva de ley (legalidad en sentido estricto); 2] de taxatividad; 3] de irretroactividad; 4] de la supremacía de la ley penal sustantiva; y, 5] de representación popular.

Los de limitación funcional son: 1] de la respuesta no contingente; 2] de proporcionalidad abstracta; 3] de idoneidad; 4] de subsidiaridad; 5] de proporcionalidad concreta (costo social); 6] de la implementabilidad administrativa de la ley; 7] de respeto a las autonomías culturales; y, 7] de la primacía de la víctima. Y los principios de limitación personal son: 1] de la imputación personal (personalidad); 2] de la responsabilidad por el acto; y, 3] de la exigibilidad social de comportamiento conforme a la ley.

Los principios extrasistemáticos de descriminalización son: 1] de no intervención útil; 2] de la privatización de conflictos; 3] de la politización de los conflictos; y, 4] de la conservación de las garantías formales. Y los metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales son: 1] de sustracción de los conceptos “criminalidad” y pena; 2] de especificación de los conflictos y de los problemas; 3] general de prevención; y, 4] de articulación autónoma de conflictos y necesidades reales.

Finalmente, se plantean los presupuestos previos para un nuevo procedimiento federal de “procuración bipolar de justicia penal”, que sea “garantista” para agraviados e inculpados, a partir de reformas constitucionales y procesales. Ello, en virtud de que el resultado obtenido en el proceso de investigación lejos de confirmar la hipótesis planteada inicialmente la contraviene, por tanto no quedó probada dicha hipótesis sino desprobada.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### **LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS AGRAVIADOS POR EL DELITO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE DELITOS FEDERALES**



## **I. Los legisladores y la conservación de intereses de poder, en la “criminalización primaria”.**

### **A. Influencia de la correlación de fuerzas entre los “grupos de poder” en la labor criminalizadora y el endurecimiento de leyes.**

Soportar la estela de corrupción en el ámbito de la violencia, como signo innegable de la inseguridad urbana, es un drama que todo gobernado enfrenta. Un cáncer que se ha apoderado, no sólo de los órganos de “justicia”, sino hasta de la conciencia de los mexicanos.

La criminalidad y la violencia son ya parte del ornamento de la realidad nacional donde grandes sectores de la población subsisten sin la esperanza de un mejor futuro. En donde acostumbrados a los rutinarios ajusticiamientos violentos, en la encarnizada lucha de bandas que pretenden el control del tráfico de drogas en el país, ya no es motivo de mucho asombro la experiencia atroz de los “linchamientos” de Tláhuac.

La gente vive en el azoro, en la incertidumbre y con miedo a ser victimizada. ¿Qué pasa entonces con la garantía a la seguridad de las personas y su patrimonio? Y siendo esa seguridad parte del “bien común”, ¿cuándo dejó de ser éste la primera finalidad del Estado?

Esa seguridad, “bien invaluable e inapreciable de nuestra sociedad”, entendida como “la condición permanente de libertad y justicia social, que deben procurar conjuntamente, ciudadanía y gobierno”; como la considera un añejo acuerdo del ex procurador general de la República, Ignacio Morales Lechuga, sólo ha quedado en el discurso.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> [...] “es necesario asegurar las condiciones para la conservación del orden jurídico, respetando y haciendo respetar los ordenamientos que le dan sustento y constituyen la base del estado de derecho que nos rige. El mejoramiento del sistema de justicia está ligado al respeto de las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución”. Diario Oficial de la Federación. Abril 3 de 1992. Acuerdo número A/006/92 del Procurador General de la República, que determina el actuar de los agentes del Ministerio Público Federal en relación a los casos en que resuelva el No Ejercicio de la Acción Penal, en las Averiguaciones Previas a su cargo. Párrafos primero y segundo del Considerando.

Al respecto, el ministro y tratadista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, en un intento por valorar la pena en un Estado social democrático de derecho, desde lo que él llama la lógica a seguir “del carnicero responsable” advierte que el Estado perdió poder,<sup>2</sup> y que los políticos:

[...] “los operadores de esos Estados nacionales debilitados se quedan [...] sin capacidad de resolver [...] los conflictos sociales (pierden condiciones de mediación entre las fuerzas del capital y las del trabajo), y entonces simulan que tienen condiciones, la opinión pública se aleja de la política y la gente no se siente representada por éstos operadores, sino insegura.

“Entonces tenemos que brindar seguridad [...] en aquellas amenazas más inmediatas [como lo es la inseguridad urbana]. Se llega así al delirio [...]. Con esto, los políticos van a hacer propaganda, demagogia retributiva [...]. No van a resolver nada [...] van a vender la imagen de que están resolviendo todo, especialmente de que están brindando seguridad. Y ¿cómo hacen esto?: a través de leyes penales.

[...] “Dibujamos tipos penales, donde ponemos todo aquello que es negativo, [...] peligroso (ponemos eso en el tipo penal, y al tipo penal en el Diario Oficial), con eso nos basta. Creemos que eso modifica la realidad [...]. Y así, también, los políticos [...] cuando más absurda es la ley penal, más minutos de televisión tiene”[n] (que les pueden representar muchos minutos de poder).<sup>3</sup>

Por otra parte, Ricardo Ravelo, en un artículo<sup>4</sup> sobre las pasadas elecciones (2005) en el Estado de México escribió:

“Después de la marcha del 27 de junio [2004], el tema de la seguridad pública se ha convertido en una bandera política, y entre la clase empresarial [del Estado de México] se da por hecho que el aspirante [a Gobernador] que presente el mejor proyecto contra el crimen tendrá el respaldo social y podrá ganar las elecciones” [...]

La búsqueda de un nuevo esquema que gane la confianza ciudadana y contrarreste con eficacia “al hampa” es recurrente, pero los políticos parecen ignorar que no es cuestión de mayor fuerza y menores

---

<sup>2</sup> “La pérdida de poder ante la caída del establishment político y la circulación de capitales a donde se obtiene la mayor renta en el menor tiempo, a donde hay mano de obra barata, esclava, donde hay menor inversión social”. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Función Reductora del Derecho Penal ante un Estado de Derecho Amenazado o la Lógica del Carnicero Responsable*. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I del Mercosur, de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Guarujá, Brasil, el 16 de septiembre de 2001. “Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?”. Número 3. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires, Argentina. 2003. Éste autor considera que el penalista erróneamente ha caído en el “rol de la incumbencia totalitaria de resolver todo”, por lo que debe asumir que no sabe de todo, que el hombre en la historia no resolvió nada con el Código Penal; que el Poder Punitivo sólo tiene condiciones de suspender (no resolver) pocas cosas, “tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más”.

<sup>3</sup> *Loc Cit.* Como los tiempos cambiaron, y ahora el ámbito mercantil es el de la política, donde los políticos se venden como un producto. Para el marketing político no hay nada mejor que las Leyes Penales. “Estamos hablando de un estado de derecho, en esencia muy democrático, pero cada día menos social. Un Estado de derecho amenazado [...] por el estado de policía, [...] [que] no es otra cosa que un Estado con su poder punitivo descontrolado. [...] lo principal es intentar volver al estado de derecho, [...] contener el estado de policía y no caer en el delirio”.

<sup>4</sup> Ravelo, Ricardo. Artículo: “Estado de México: Los dominios del crimen. con el proceso electoral en puerta para suceder al gobernador Arturo Montiel, los posibles candidatos tanto del PRI como del PAN tienen en el discurso contra la criminalidad su mejor bandera. Pero ganar votos así puede resultarles caro: el problema es real, y no cualquiera podrá enfrentarlo”. Semanario de Información y Análisis “Proceso”. Número 1447. México, D.F. Julio 25 de 2004. p. 45.

garantías para derrotarla. Lo que olvidan es que si se considera que cada día hay más marginados, más jóvenes que se quedan sin estudios y más gente que muere de enfermedades curables, entonces una explicación del origen estaría en la miseria y el desempleo.

Sobretudo cuando la delincuencia se ha constituido en un creciente subsector que emplea a quienes otros sectores han marginado. Con tantos pobres sin preparación para la vida, no podría esperarse otra cosa, en medio de grandes ciudades como las nuestras. Luego entonces, reprimirlos, encarcelarlos o matarlos no resolverá el problema, pero creará otros. Tampoco lo solucionará adjudicarle la responsabilidad a la víctima por su supuesta y exagerada contribución en la génesis del delito.

La crisis de la seguridad ha estado ligada a las crisis económicas del país desde 1982, 1987 y 1995, años en que el índice delictivo se disparó hasta en las estadísticas oficiales. Sin embargo, hay que ver con cuidado éstos padrones puesto que pudiera suceder que en épocas de depresión lo que en realidad se incrementa es el castigo, es decir, la “violencia punitiva”, y no la delincuencia que sigue incólume en cualquier período.

El reto es resolver la encrucijada entre la aspiración a la justicia y la “rebelión de los pobres”, para que todos salgan ganando en un entendimiento, en medio de la confrontación entre el creciente “Estado de facto” y el decadente estado de derecho mexicano. Se trata de conciliar las desigualdades en el “manejo” del bien común, para que en realidad sea común a la mayoría y no a los detentadores del poder político y económico que se sirven del derecho y de las leyes para su preservación.

En este orden de ideas, se coincide con el magistrado Zaffaroni, en que definitivamente el “poder punitivo” no sirve para resolver este tipo de conflictos, sino que cuando mucho los suspende temporalmente. Es aquí donde surge la disyuntiva entre los defensores del mantenimiento del sistema penal y las tentativas de superarlo con una alternativa no penal.

Mientras las discusiones teóricas de éste control social se empantanar, la inseguridad crece más allá de lo que la autoridad puede hacer para contenerla, a lo que se suma la proliferación de los casos de corrupción desde el policía del municipio más apartado hasta el juez de nivel más encumbrado. Y los partidos políticos, que han sido tan críticos cuando son oposición, dicen ser la esperanza, sin llegar a solucionar nada cuando pasan a gobernar. Entonces, la salida rápida es culpar a la administración anterior de que así les dejó todo.

El hecho es que la criminalización primaria se gesta en el Poder Legislativo, en cuyo proceso se entrecruzan intereses políticos de supervivencia de las diversas corrientes que definen la orientación de todo producto legislativo, incluyendo la materia penal.

Más allá de que el Congreso de la Unión sea depositario del Poder Legislativo, dividido en 2 cámaras compuestas por 128 senadores y 500 diputados, renovables (al igual que el Ejecutivo) mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, según la Constitución y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, habría que detenernos a revisar quiénes son éstos personajes: los legisladores.

A ellos corresponde (como congreso), entre otras facultades, según la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM), establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Sin embargo, no hay que olvidar que el derecho a iniciar leyes o decretos no únicamente compete a los miembros del Congreso (diputados y senadores), sino también al Ejecutivo federal y a las legislaturas de los Estados.

Por esa razón, no pueden quedar fuera del examen de los servidores públicos que hacen las leyes, el presidente de la República ni los partidos políticos,<sup>5</sup> que tienen inmersos sus “intereses” propios en toda acción de gobierno, entre ellas: la formación de leyes penales.

---

<sup>5</sup> Entendidos como entidades de interés público que acaparan las vías para acceder al poder.

Para corroborar lo asentado basta revisar la prensa, y observar a diario “declaraciones” de funcionarios públicos y jefes policiacos relacionados con las áreas de seguridad pública, federal y local, de contenido más político que estratégico; más de justificación y defensa de sus puestos que de eficacia; más de buenas intenciones que de acciones; más de auto-elogios e informaciones maquilladas que de verdades.

Pero además, en el sistema penal si bien se deben considerar tanto las “agencias políticas” (legislaturas, poderes ejecutivos y partidos políticos), por ser quienes fijan las bases de organización y funcionamiento; también quedan comprendidos los propios ciudadanos por ser ellos quienes cuentan con la posibilidad de ponerlo en marcha en un caso concreto.

La enunciación en el texto legal de las garantías individuales (en adelante, GI) que deben respetarse a los ciudadanos, y de las obligaciones que garanticen dicho respeto, se complementa con un esquema procesal que permita su eficaz aplicación, pero sobretudo con la operatividad de instituciones que lo hagan posible.

Hay que puntualizar desde ahora que en las futuras referencias a las GI entenderemos que son aquellos derechos humanos (en adelante, DH) que el Estado mexicano ha reconocido a los particulares en la Constitución. A diferencia de los DH que son aquellos que por derecho natural son inherentes a las personas por el sólo hecho de ser personas, y para nuestro estudio están contenidos en los tratados, convenciones, acuerdos, declaraciones y documentos internacionales sobre la materia.

A la criminalización primaria siguen las reglas del procedimiento, que no resultan más afortunadas que las punitivas, puesto que el diseño legal que regula el actuar del ministerio público federal (en adelante, MPF) en nuestro país, provoca inseguridad ciudadana tanto al agraviado como al inculpado, de modo que los derechos de ambos quedan en la simulación.

De esta manera, no se puede negar que la actual ley adjetiva federal, por sí misma genera una enorme inseguridad jurídica<sup>6</sup> para los ciudadanos en las 2 vertientes apuntadas, debido a la falta de control real en la “operación” del MPF en la averiguación previa (en adelante, AP), en nuestro país.

---

<sup>6</sup> No nos referimos aquí a la inseguridad urbana.

La incapacidad de esta institución persecutora para satisfacer las expectativas reales de las víctimas que representa; sumada a la imposición de cargas y actos de molestia (legales y extralegales) durante sus “investigaciones”; no garantiza los mínimos derechos constitucionales a sus involucrados.

En la referencia a los derechos individuales se prefiere el término “no garantiza” en lugar de “vulnera” para distinguir entre la imperfección de las leyes, y su inobservancia, área donde se efectúa la violación más preocupante y menos estudiada: la encubierta. El responsable de la declaración inacabada de GI es: el legislador. El de su violación: la autoridad. En nuestro caso, el MPF.

Javier Sicilia,<sup>7</sup> al propósito de la resonada “mega-marcha” capitalina del 27 de junio de 2004, contra los altos índices de delincuencia, considera aterradora la exigencia social de imponer la pena de muerte, no sólo por el retroceso, que implicaría instaurar tan bárbara práctica, sino por el grito de impotencia oculto en una sociedad que ha perdido el sentido de la justicia, y que ha dejado de mirar las consecuencias de lo que el “crimen legal” significa.

No hay que olvidar que para acallar discusiones, la pena de muerte quedó definitivamente abolida en México, mediante la reforma al primer párrafo y la derogación del cuarto párrafo, ambos del artículo 22 constitucional, según aparece en la primera sección del Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF), de diciembre 9 de 2005, en vigor al día siguiente, con lo que se cancela que llegue a establecerse en la ley secundaria de cualquier estado de la República.

Si bien por una parte, la impunidad de ciertos delincuentes para esconderse tras los huecos legales del sistema y escurrirse a la acción de la justicia es una realidad; por otro lado, éstas mismas leyes permiten su torcimiento deliberado por ciertas autoridades, dando lugar a prolíficos casos de “fabricación de falsos responsables”, como también de víctimas abandonadas por la justicia y el resarcimiento oficial.

---

<sup>7</sup> Sicilia, Javier. Artículo: “*De Impunidad a Impunidad*”. Semanario de Información y Análisis “Proceso”. Número 1448. México, D.F. Agosto 1 de 2004. pp. 58 y 59. “*Cuando una sociedad se desespera, porque la ley no se aplica correctamente, deja de clamar por su aplicación y clama venganza [...] en un país donde la justicia no existe es darle un arma nueva [pena de muerte] a la impunidad para eliminar legalmente a disidentes, o para que los delincuentes, que se amparan en el poder político y económico, fabriquen chivos expiatorios que les permitan continuar en la impunidad: las cárceles en nuestro país están llenas de inocentes, de delincuentes menores o de personas que pagan sus propios crímenes o los de otros*”.

Debido a que la gente trabajadora se siente amenazada y en peligro, cada día más voces piden que se actúe con dureza, y no se repara en el significado de establecer la pena capital, por fortuna ya prohibida en nuestra Constitución, aunque se sabe de la existencia de algunos grupos “de reacción inmediata” entrenados para actuar en situaciones de emergencia contra bandas de delincuentes.

Sin embargo, hay que revisar con cautela ésta medida, puesto que de haber motivos para su intervención quedaríamos expuestos a una ola brutal de violación de GI. De hecho así sucede con las llamadas Bases de Operaciones Mixtas Urbanas (BOMU), constituidas por fuerzas especiales de los 3 órdenes de gobierno.

El problema central de la inseguridad pública y la victimización crecientes rebasa el ámbito de la autoridad. Es algo mucho más grave, tanto como la inseguridad jurídica de los sujetos a investigación por hechos delictivos.

En este tenor, también es recurrente que la comunidad nacional reclame “endurecer” las leyes con cada vez mayores tipificaciones novedosas y penas más severas; disminuir la edad penal<sup>8</sup> (lo que ya no será posible conforme con la reciente reforma al artículo 18 constitucional); y, militarizar el país. No obstante, el uso del ejército en el control de las penitenciarías, y el aumento de “operativos” y cateos son medidas coyunturales que no resuelven el problema, e implican grandes inconvenientes.

---

<sup>8</sup> El DOF de diciembre 12 de 2005, publicó la reforma al párrafo cuarto y adicionó el quinto y sexto del artículo 18 constitucional para quedar como sigue: ARTÍCULO 18, PÁRRAFO CUARTO.- *“La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de 12 años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social”*. Antes este párrafo sólo señalaba que “la Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”. ARTÍCULO 18, PÁRRAFO QUINTO.- *“La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente”*. ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEXTO.- *“Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”*. Los últimos 2 párrafos restantes del artículo no sufrieron modificación, sólo se recorrieron en su orden. El decreto entró en vigor en marzo 12 de 2006, y los Estados, la Federación y el Distrito Federal tiene hasta septiembre 12 de 2006 para crear las leyes, instituciones y órganos para su aplicación.

Esta sed represiva motivada en la población por el miedo muchas veces provocado por los medios de comunicación, y en la autoridad por cuestiones generalmente clientelares, centrada en la pretensión de inhibir el delito reformando leyes, ha sido equivocada, debido a que la ley penal no evita la delincuencia, que como fenómeno irremediable sin duda debe ser atendido.

Lo que no puede quedar de lado, es un aspecto de mayor importancia: la atención al ciudadano cuando el delito ya ha ocurrido. Para esto último sí sirve la ley.

Si bien es cierto que la función del derecho penal es la restaurar el equilibrio en la sociedad y mantener el orden público y paz social mediante mecanismos de control social formal (punitivo), también es cierto que ésta finalidad no debe agotarse con la aplicación de la pena al autor del delito sino que además debe extenderse a la tutela de los agraviados por el delito.

Esta tarea no inicia desde que “el sistema” conoce un delito, sino desde la creación misma de la ley penal (criminalización primaria),<sup>9</sup> hasta llegar a la ejecución de sentencias. En nuestro país, este proceso de criminalización primaria es excesivo, y contrasta con la manera como los legisladores han escatimado al reconocer derechos a los agraviados, cuyo proceso ha sido demasiado lento tanto en la CPEUM como en los códigos. Incluso su impulso deviene, como en tantos otros temas, del ámbito internacional:

En noviembre 29 de 1985, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (en adelante, ONU) por Resolución 40/34, aprobó la “*Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder*” (en adelante, DPFVD). Este importante documento recomienda algunas medidas, para mejorar el acceso a la justicia, el trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia social a las víctimas de delito.

---

<sup>9</sup> Cabe aquí precisar qué se entiende por etapa de criminalización primaria, la cual es identificada por el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni, dentro del proceso selectivo de criminalización de los Estados que institucionalizan o formalizan el poder, como el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas, ejercidos generalmente por agencias políticas: “*Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan*”. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2001. p. 6.



Desde 1917 el artículo 20 de la CPEUM sólo enfocó la protección legal al inculpado, y fue 76 años después (1993) cuando una trascendental adición reconoció el rango de GI a algunos derechos de las víctimas y ofendidos por el delito:

**ARTÍCULO 20 [...] ÚLTIMO PÁRRAFO.-** *“En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el ministerio público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes”.*<sup>10</sup>

La iniciativa de ley, rompiendo la tradición, no surgió del Ejecutivo sino de diversos grupos parlamentarios, de la LV Legislatura del Congreso de la Unión, que la presentaron en la sesión de la Cámara de Diputados de julio 2 de 1993. De la parte final (marcada en “negritas”) de este listado de derechos, se advierte que no era limitativo sino que podía ampliarse en la legislación secundaria, como de hecho sucedió.

Esta pequeñísima adición al artículo 20 constitucional, según la doctora Lima Malvido, “no es sino un reflejo más del lugar que tienen las víctimas en el sistema penal”, y en su libro<sup>11</sup> da cuenta del proyecto de un apartado “B” con 15 fracciones que junto con los doctores Luis Rodríguez Manzanera y Elpidio Rodríguez, presentó al Congreso de la Unión ese año. Ahí enumera, en otros, los siguientes derechos:

Contar con copia del expediente y con un defensor victimal; atención material, médica, psicológica y social de urgencia; tratamiento postraumático gratuito; seguridad personal, familiar y a testigos de cargo; renuncia al careo; prohibición de obligarle a declarar; seguridad del pago de la reparación; notificación personal; y, creación de fondos de auxilio a las víctimas.

En enero 10 de 1994 (4 meses después), el DOF publicó diversas reformas al Código Federal de Procedimientos Penales (en adelante, CFPP), entre las cuales instauró, en el artículo 141, derechos en favor de los agraviados por el delito, lo que constituyó un enorme avance en el terreno de la victimología y la ayuda oficial frente a las consecuencias del delito, no así frente al victimario.

---

<sup>10</sup> DOF. Septiembre 3 de 1993. p. 6. La Reforma entró en vigor a partir del día siguiente de su publicación.

<sup>11</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Modelo de Atención a Víctimas en México*. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2004. pp. 9 y 10.

Hasta el junio 22 de 2006, que se adicionaron las fracciones V y VI, no se había reformado este artículo,<sup>12</sup> a pesar de que la creación del apartado “B” del artículo 20 constitucional en la actualidad lo ha superado.

Posteriormente, el DOF de diciembre 31 de 1994 publicó la adición de un cuarto párrafo al artículo 21 constitucional, otorgando el derecho a impugnar jurisdiccionalmente el inejercicio y el desistimiento ministerial de la acción penal:

**ARTÍCULO 21 [...] CUARTO PÁRRAFO.-** *“Las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.*

No obstante, que “la ley” no estableció entonces dichos términos, la reforma desmitificó el tan controvertido “monopolio” sobre el no ejercicio de la acción penal, asumido por el ministerio público sin revisión externa alguna. Aunque *a contrario sensu* el ejercicio de dicha acción lo conserva en exclusiva hasta ahora.

Finalmente, para atender la patente desigualdad de derechos reconocidos al inculpado y al agraviado, el DOF de septiembre 21 de 2000 publicó la derogación al último párrafo del artículo 20 de la CPEUM, y su sustitución por VI fracciones del apartado “B)” donde se enumeran las GI de la víctima y el ofendido.<sup>13</sup>

Ni la Constitución ni el CFPP, ni el CPF definen los conceptos de víctima ni de ofendido, e incluso no refieren diferencias entre uno y otro. El doctor Sergio García Ramírez<sup>14</sup> estima poco razonable aludir en bloque a una garantía “de la víctima o del ofendido”, por tratarse de conceptos diferentes que no se deben confundir.

---

<sup>12</sup> ARTÍCULO 141.- *“En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:* FRACCIÓN I.- *“Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la AP o del proceso; FRACCIÓN II.- “Coadyuvar con el ministerio público; FRACCIÓN III.- “Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho; FRACCIÓN IV.- “Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera; FRACCIÓN V.- “Ser notificado personalmente del desistimiento de la acción penal; y, FRACCIÓN VI.- “Los demás que señalen las leyes. En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al ministerio público o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño. En todo caso, el juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo”.* El texto del artículo 141 transcrito continua vigente, sin haber recogido la adición del apartado “B)” al artículo 20 constitucional (de septiembre 21 de 2000) no conocida hasta ese entonces. Han pasado ya los años sin que todavía se ajuste el texto del artículo a los nuevos postulados constitucionales.

<sup>13</sup> ARTÍCULO 20.- *“En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima, o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: APARTADO B).- “De la víctima o del ofendido: FRACCIÓN I.- “Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; FRACCIÓN II.- “Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la AP como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa; FRACCIÓN III.- “Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; FRACCIÓN IV.- “Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; FRACCIÓN V.- “Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y FRACCIÓN VI.- “Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio”.*

<sup>14</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de García Ramírez, Sergio. Artículo 20. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada.* Tomo I. Artículos 1-29. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003. p. 337.

Y puntualiza que el ofendido es el titular del bien jurídico protegido por la ley penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el delito perpetrado, y comparece en el procedimiento (o bien sus derechohabientes), mientras que la víctima es quien resiente las consecuencias del hecho punible, sin que necesariamente intervenga en el procedimiento.

Para nuestro estudio, en adelante, haremos referencia a ambos sujetos con el término agraviados por el delito, y cuando nos refiramos a la víctima o al ofendido, con las connotaciones ya precisadas, se hará por separado.

Por otra parte, para el doctor José Zamora Grant, en un modelo de “sociedad conflictual” la ley no se ve como elemento neutral de solución de conflictos, sino como instrumento de los intereses de quienes tienen el poder de producirla por encima del interés general, por lo que la clase en el poder determina “lo que es criminal” y que el sistema de justicia penal reprimirá:

*“Las conductas que atenten no contra la sociedad sino contra la hegemonía en el poder. Serán en consecuencia, las clases pauperadas y económicamente menos favorecidas las víctimas del ejercicio autoritario del Estado; serán víctimas de la opresión y represión y olvidadas por el sistema de justicia”.<sup>15</sup>*

Con lo anterior se reafirma que el “derecho penal moderno” no se construyó pensando en los agraviados por el delito, y que la ingente lentitud del legislador para establecer derechos en su favor contrasta con la emisión sin titubeos de disposiciones para reprimir inculpadados. Un caso palpable de esto último es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (en adelante, LFCDO),<sup>16</sup> publicada en el DOF de noviembre 7 de 1996, y en vigor desde el día siguiente, de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

---

<sup>15</sup> Zamora Grant, José. *La Víctima en el Sistema Penal Mexicano*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1ª Reimpresión. México, D.F. Octubre 2003. pp. 49, 51 y 52.

<sup>16</sup> El análisis de ésta ley desde la óptica garantista de las personas inculpadadas en la AP será materia del capítulo segundo.

## **B. Los bienes que tutela la Ley Federal contra la “Delincuencia Organizada” mexicana.**

Para reflexionar hasta que punto la “legalización de excepciones” para usar la fuerza y violar GI por el Estado, con la coartada de conservar el orden y dar seguridad pública, realmente benefician a la sociedad (o a los agraviados), se revisan en seguida las disposiciones correlativas de dicha “ley especial” con relación a los bienes jurídicos que tutela.

La LFCDO ha sido calificada de inconstitucional por diversas voces de todos los ámbitos, por lo cuestionable de muchas de sus disposiciones, de las cuales por su relevancia para nuestro estudio nos ocupamos especialmente de las que tienen que ver con los agraviados por el delito.

Como sucede con otras de las “innovaciones” legales en nuestro país, la influencia de los compromisos sostenidos por los gobiernos mexicanos en el espacio internacional ha tenido mucho que ver. En el caso de la “delincuencia organizada” destacan como antecedentes (aunque la exposición de motivos de la LFCDO no los registra como tales) 2 documentos:

La “*Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”; adoptada en Viena, Austria, en diciembre 20 de 1988, ratificada por el Senado Mexicano y promulgada en el DOF de septiembre 5 de 1990; y, la Resolución 49/159 de la Asamblea General de la ONU, de diciembre 23 de 1994, que contiene la “*Declaración Política y Plan Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada*”.

Con posterioridad a la LFCDO, sólo como referencia se cita la Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/Res/55/25, de noviembre 15 de 2002 (la más reciente), que contiene la “*Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”. La que se complementa con: el “*Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*”, y el “*Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*”.

El doctor Augusto Sánchez Sandoval, en un puntilloso ensayo donde analiza la LFCDO, alude a la falla histórica de que las leyes mexicanas omitan en su preámbulo los fundamentos constitucionales de su origen y existencia vinculados con la materia de su competencia, en este caso la “Delincuencia Organizada”, con lo cual se pierde la necesaria secuencia entre la norma inferior y la superior. Y considera que ésta ley debió al menos referirse a:

[...] “los artículos 16, 20, 21, 22, 102 y 119 constitucionales, y a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas ratificada por el Senado de la República y promulgada, mas no publicado su texto, en el DOF el 5 de noviembre de 1990, pero que de acuerdo al artículo 133 de la CPEUM pasó a tener el mismo rango constitucional. Quizá no se tuvo en cuenta esa convención debido a que la ley tampoco se apega a los compromisos jurídicos contenidos en ella”.<sup>17</sup>

En otro ensayo sobre la política criminal transnacional posmoderna<sup>18</sup>, preocupan al autor las legitimaciones jurídicas que “legalizan” el actuar abusivo de la autoridad, como las leyes contra la delincuencia organizada, los cuerpos policíacos militarizados y especializados, la tecnología de la vigilancia cercana y permanente del ciudadano, el control de los grandes flujos financieros y la represión de “los excluidos”.

En este sentido analiza 14 principios de ésta política transnacional, que con el objetivo de controlar los capitales de la economía informal y los delitos políticos llevó a adoptar la citada convención, cuyas consecuencias de su suscripción por nuestro país, son la pérdida de soberanía jurídica en cualquier tipo de delitos organizados (no sólo de narcotráfico), y la inversión de la racionalidad jurídica de la modernidad.

Tales principios, no obstante de derivar de referida convención, serán parte del siguiente capítulo, ya que lo substancial para éste apartado radica en su relación con los agraviados por el delito. Al respecto la LFCDO no menciona que los precitados documentos internacionales sean sus antecedentes, pero de su texto, conforme con el doctor Augusto Sánchez Sandoval, derivan de la misma los siguientes principios:

---

<sup>17</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. “La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: un Nuevo Fuero Penal Posmoderno”. Ensayo publicado en el número 3 de la Revista “Alter”, de la Universidad de Campeche. Campeche, México. 1998. (Fotocopias). p. 145.

<sup>18</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. “La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de Hecho, de los Estados. Presupuestos para Visualizar el Segundo Congreso Internacional de Política Criminal”. Ensayo publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, con motivo del mencionado Congreso Internacional denominado: “La Reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad”, celebrado en México, D.F., del 15 al 17 de octubre de 2003. p. 2.

[...] “se da carácter jurídico a la privación de la libertad por sospecha [artículos 10 y 12]; a la denuncia anónima [artículo 14]; a la intervención de las comunicaciones privadas [artículos 16 a 24]; a la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas [artículo 11]; a la negociación del derecho penal y penitenciario con los delatores, arrepentidos y testigos protegidos [artículos 35 a 39]”.<sup>19</sup>

Ni en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena, ni en la Resolución 49/159 de Nápoles, se encuentran normas protectoras de los derechos de los agraviados por el delito, sino sólo represivas del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, y de la delincuencia transnacional organizada. En este caso habría que preguntarse a quién afectan en realidad ambas conductas. ¿Al Estado neoliberal? ¿Al poder político y económico?

Para responder lo anterior, con la LFCDO como referencia, es preciso identificar qué conductas típicas abarca dicha ley, qué bienes jurídicos tutelan, y establecer así si se trata de los valores más preciados de la sociedad, y en mayor peligro social, y por tanto justifican o no la ley.

El doctor Sergio García Ramírez<sup>20</sup> estima que los tipos penales sirven al objetivo natural de preservar, mediante la amenaza y la imposición de la pena, los bienes más relevantes de la existencia social. Pero como en una sociedad democrática, o con orientación humanista, debe prevalecer el principio de “mínima intervención penal”, sólo las desviaciones más graves deben mirarse y tratarse como delitos.

Así se habla de bienes jurídicos tutelados, conforme a los cuales los tipos penales se agrupan en las codificaciones, pero la criminalidad organizada ha trascendido aquéllos originalmente considerados en riesgo; como son, los bienes individuales como: la vida, la salud o el patrimonio particulares; y los colectivos como: la soberanía, la seguridad pública y la seguridad nacional.<sup>21</sup>

Antes de revisar los delitos estimados de “delincuencia organizada” por el artículo 2 de la LFCDO, conviene reproducir la definición legal de dicho concepto, al constituir un tipo penal alternativo y autónomo:

---

<sup>19</sup> *Op. Cit.* p. 8.

<sup>20</sup> García Ramírez, Sergio. *Delincuencia Organizada. Antecedentes y Regulación Penal en México*. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2002. p. 11.

<sup>21</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. Cit.* Nota # 18, p. 12.

ARTÍCULO 2.- "Cuando 3 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" [...].

No podemos pasar de lado la ambigüedad en cuanto a la forma "permanente" de la conducta tipificada, que en este caso requiere que sea por cierto tiempo, y no ocasional o transitoria. De igual modo la forma "reiterada" implica que sea repetitiva, que exista la intención constante de realizar la conducta.<sup>22</sup> Estos son 2 ejemplos de cómo la falta de técnica legislativa trasciende en la procuración y administración de justicia.

Por tanto, es indispensable que se acredite la intención de los 3 o más sujetos de organizarse o acordar hacerlo, de manera permanente o reiterada, con el propósito abstracto de cometer algún delito enumerado por el artículo 2 de la LFCDO.

Para la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), en su tesis aislada 1ª. CLXVIII/2004,<sup>23</sup> el delito de asociación delictuosa difiere del de delincuencia organizada por el tipo de delitos específicos que se pretenden cometer, por lo que este último es autónomo.

---

<sup>22</sup> Para el doctor Sergio García Ramírez, la reiteración es apenas la repetición de cierta conducta. La reincidencia ya es reiteración, aunque no todas las reiteraciones alcanzan la condición de reincidencia. En cambio, la permanencia es inherente a la asociación delictuosa y a la organización criminal, donde el grupo se propone hacer del delito su ocupación sistemática y profesional. Hay la pretensión de cometer crímenes en forma indefinida, sin término o hasta obtener determinado objetivo político o económico. García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 20, pp. 110 y 111.

<sup>23</sup> "DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.- De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de 3 o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2 de la LFCDO. Por su parte, el artículo 164 del CPF establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de 3 o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2 de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2, en el sentido de que: "... serán sancionadas por ese solo hecho ...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXI, enero 2005, tesis aislada número 1ª. CLXVIII/2004, Primera Sala de la SCJN página 412. Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Del Código Penal Federal (en adelante, CPF), se consideran “delincuencia organizada”:<sup>24</sup> el delito de terrorismo (artículo 139, párrafo primero);<sup>25</sup> los delitos contra la salud del artículo 194,<sup>26</sup> y el de posesión de narcótico con fines de realizar alguna conducta tipificada en el artículo 194 del CPF (artículo 195 párrafo primero);<sup>27</sup> y, falsificación o alteración de moneda (artículos 234, 236 y 237).<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Aunque el presente capítulo se centra en la identificación de formas específicas de sobrevictimización de los agraviados por el delito, generada por su contacto con la actividad del MPF, para una mejor comprensión es indispensable que al menos en forma enunciativa se conozcan las descripciones típicas catalogadas por la LFCDO, para buscar algún asomo de protección real a sus intereses.

<sup>25</sup> ARTÍCULO 139, PÁRRAFO PRIMERO.- “Se impondrá pena de prisión de 2 a 40 años y multa hasta de 50 mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación”.

<sup>26</sup> ARTÍCULO 194.- “Se impondrá prisión de 10 a 25 años y de 100 hasta 500 días multa al que: FRACCIÓN I.- “Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud. Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico; FRACCIÓN II.- “Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito. Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo; FRACCIÓN III.- “Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y FRACCIÓN IV.- “Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el artículo anterior. Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por 5 años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo”.

<sup>27</sup> ARTÍCULO 195, PÁRRAFO PRIMERO.- “Se impondrá de 5 a 15 años de prisión y de 100 a 350 días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194”.

<sup>28</sup> ARTÍCULO 234.- “Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de 5 a 12 años de prisión y hasta 500 días multa. Se entiende por moneda [...] los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor. Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. A quien cometa este delito en grado de tentativa, se le impondrá de 4 a 8 años de prisión y hasta 300 días multa. La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada”.

ARTÍCULO 236.- “Se impondrá prisión de 5 a 12 años y hasta 500 días multa, al que altere moneda. [Y] al que a sabiendas circule moneda alterada. Para los efectos de este artículo se entiende que altera un billete, [quien] forme piezas mediante la unión de 2 o más fracciones procedentes de diferentes billetes, y que altera una moneda metálica, [quien] disminuye el contenido de oro, plata, platino o paladio que compongan las piezas monetarias de curso legal, mediante limaduras, recortes, disolución en ácidos o [...] cualquier otro medio”.

ARTÍCULO 237.- “Se castigará con prisión de 5 a 12 años y hasta 500 días multa, a quien preste sus servicios o desempeñe un cargo o comisión en la casa de moneda o en cualquier empresa que fabrique cospeles, y que por cualquier medio, haga que las monedas de oro, plata, platino o paladio, contengan metal diverso al señalado por la ley, o tengan menor peso que el legal o una ley de aleación inferior”.



Por último: operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 *bis*).<sup>29</sup> Y desde mayo 12 de 2004, los delitos en materia de derechos de autor, previstos en el artículo 424 *bis* del citado CPF.<sup>30</sup>

Además los delitos de asalto (artículos 286 y 287),<sup>31</sup> y robo de vehículos y ganado (artículo 381 *bis*),<sup>32</sup> ambos del escindido Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

---

<sup>29</sup> ARTÍCULO 400 BIS.- “Se impondrá de 5 a 15 años de prisión y de mil a 5 mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita. La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior [...]. La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda. Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito. Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario”.

<sup>30</sup> ARTÍCULO 424 BIS.- “Se impondrá prisión de 3 a 10 años y de 2 mil a 20 mil días multa: FRACCIÓN I.- “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos. Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o FRACCIÓN II.- “A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación”.

<sup>31</sup> ARTÍCULO 286.- “Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de 1 a 5 años. La pena será de 10 a 30 años de prisión para el que en caminos o carreteras haga uso de la violencia contra los ocupantes de un vehículo [...] público o particular”.

ARTÍCULO 287.- “Si los salteadores atacaren una población, se aplicarán de 20 a 30 años de prisión a los cabecillas o jefes, y de 15 a 20 años a los demás”.

<sup>32</sup> ARTÍCULO 381 BIS.- “Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370, 371 y 372 deben imponerse, se aplicarán de 3 días a 10 años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que estén fijos en la tierra, sino también los movibles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos, así como en aquellos lugares o establecimientos destinados a actividades comerciales. En los mismos términos se sancionará al que robe en campo abierto o paraje solitario una o más cabezas de ganado mayor. Cuando el robo se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370, 371 y 372, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo”.

Del mismo código también los delitos de: tráfico de menores (artículo 366 *ter*),<sup>33</sup> y secuestro (artículo 366).<sup>34</sup>

De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (en adelante, LFAFE) se consideran delitos de “delincuencia organizada”: el acopio de armas (artículo 83 *bis*)<sup>35</sup> y el tráfico de armas (artículo 84).<sup>36</sup>

De la Ley General de Población: el delito de tráfico de indocumentados (artículo 138),<sup>37</sup> el cual es considerado “grave” por el artículo 193 fracción V del CFPP.

<sup>33</sup> ARTÍCULO 366 TER.- “Comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de 16 años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor. Cometen el delito a que se refiere el párrafo anterior: FRACCIÓN I.- “Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello; FRACCIÓN II.- “Los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor. Se entenderá que las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita cuando tengan conocimiento de que: INCISO a).- “Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o INCISO b).- “Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega. FRACCIÓN III.- “La persona o personas que reciban al menor. A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de 3 a 10 años de prisión y de 400 a mil días multa. Además de las sanciones señaladas en el párrafo anterior, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo. Se aplicarán hasta las 2/3 partes de las penas a las que se refiere este artículo, cuando el traslado o entrega del menor se realicen en territorio nacional”.

<sup>34</sup> ARTÍCULO 366.- “Al que prive de la libertad a otro se le aplicará: FRACCIÓN I.- “De 15 a 40 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: INCISO a).- “Obtener rescate; INCISO b).- “Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o INCISO c).- “Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra. FRACCIÓN II.- “De 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 4 mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes: INCISO a).- “Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario; INCISO b).- “Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo; INCISO c).- “Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas; INCISO d).- “Que se realice con violencia, o INCISO e).- “Que la víctima sea menor de 16 o mayor de 60 años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad. FRACCIÓN III.- “Se aplicarán de 25 a 50 años de prisión y de 4 mil a 8 mil días multa, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de 16 años fuera de territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor. Se impondrá una pena de 30 a 50 años de prisión al o a los secuestradores, si a la víctima del secuestro se le causa alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 de este Código. En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, se aplicará pena de hasta 70 años de prisión. Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los 3 días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de 2 a 6 años y de 50 a 150 días multa. En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo, las penas de prisión aplicables serán de 5 a 15 años y de 250 hasta 500 días multa”.

<sup>35</sup> ARTÍCULO 83 BIS.- “Al que sin el permiso correspondiente hiciere acopio de armas, se le sancionará: FRACCIÓN I.- “Con prisión de 2 a 9 años y de 10 a 300 días multa, si las armas están comprendidas en los incisos a) o b) del artículo 11, de esta ley. En el caso del inciso i) del mismo artículo, se impondrá de 1 a 3 años de prisión y de 5 a 15 días multa; y FRACCIÓN II.- “Con prisión de 5 a 30 años y de 100 a 500 días multa, si se trata de cualquiera otra de las armas comprendidas en el artículo 11 de esta ley. Por acopio debe entenderse la posesión de más de 5 armas de las de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Para la aplicación de la sanción por delitos de portación o acopio de armas, el juez deberá tomar en cuenta la actividad a que se dedica el autor, sus antecedentes y las circunstancias en que fue detenido”.

<sup>36</sup> ARTÍCULO 84.- “Se impondrá de 5 a 30 años de prisión y de 20 a 500 días multa: FRACCIÓN I.- “Al que participe en la introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea o sujetos a control, de acuerdo con esta ley; FRACCIÓN II.- “Al servidor público, que estando obligado por sus funciones a impedir esta introducción, no lo haga. Además, se le impondrá la destitución del empleo o cargo e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, y FRACCIÓN III.- “A quien adquiera los objetos a que se refiere la fracción I para fines mercantiles”.

<sup>37</sup> ARTÍCULO 138.- “Se impondrá pena de 6 a 12 años de prisión y multa de 100 a 10 mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal [en adelante, SMGDF] en el momento de consumir la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente. Igual pena se impondrá a quien por sí o por medio de otro u otros introduzca, sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o, con propósito de tráfico, los albergue o transporte por el

Finalmente, de la Ley General de Salud (en adelante, LGS): el delito de extracción clandestina de órganos del país (previsto en el artículo 461);<sup>38</sup> el de tráfico de órganos (artículo 462);<sup>39</sup> y el de tráfico de órganos por permisión u omisión (artículo 462 bis).<sup>40</sup>

De lo anterior se advierte la protección de ciertos bienes jurídicos en forma abstracta, como la salud, la economía nacional, el patrimonio, incluso la seguridad nacional y la paz pública en el caso del terrorismo y el tráfico y acopio de armas, que habría que discutir hasta que punto son los más importantes y los que pertenecen mayoritariamente a la población.

---

*territorio nacional con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria. A quien a sabiendas proporcione los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores, se le impondrá pena de 1 a 5 años de prisión y multa hasta el equivalente a 5 mil días de SMGDF. Se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes, cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad; o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los indocumentados; o bien cuando el autor del delito sea servidor público”. [El 08 de noviembre de 1996, dos días después de publicada la LFCDO, aparecieron en el DOF reformas a éste artículo, entre las que se adicionó éste último párrafo que establece la agravante en caso de que los indocumentados sean menores de edad].*

<sup>38</sup> ARTÍCULO 461.- “Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de 1 a 8 años y multa por el equivalente de 10 a 125 días de salario mínimo general vigente [en adelante, SMGV] en la zona económica de que se trate. [Y suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por 4 años] si el responsable fuere un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud” [...].

<sup>39</sup> ARTÍCULO 462.- “Se impondrán de 4 a 10 años de prisión y multa por el equivalente de 4 mil a 10 mil días de SMGV en la zona económica de que se trate: FRACCIÓN I.- “Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; FRACCIÓN II.- “Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y FRACCIÓN III.- “Al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta ley. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de 1 a 3 años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta 5 años más, en caso de reincidencia”.

<sup>40</sup> ARTÍCULO 462 BIS.- “Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de 3 a 8 años de prisión y multa por el equivalente de 4 mil a 10 mil días de SMGV en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de 1 a 3 años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta 5 años más en caso de reincidencia”.

La selección de tipos penales no es casual. Los valores en una sociedad son afirmados, hablando en sentido político, por la criminalización que al mismo tiempo pretende protegerlos. Así la parte especial del CPF ubica en primer lugar, tal como sucede en la mayoría de códigos punitivos de América Latina,<sup>41</sup> a los delitos contra la seguridad nacional, el derecho internacional, la humanidad, y la seguridad pública.

La LFCDO tutela la vida y la integridad física en último lugar, y sólo derivados de las consecuencias generalmente aparejadas a los delitos de secuestro y terrorismo. No obstante, en esta estructura legal no se aprecia que los derechos sustantivos y procesales conferidos por la CPEUM y el CFPP a los agraviados por el delito tengan cabida, y ni siquiera que se contrapongan con las GI del inculpado sino con los amplísimos márgenes discrecionales de actuación que la ley permite a las instancias operadoras del sistema.

De esta forma la LFCDO se centra en la investigación inquisitoria y el castigo espectacular de los infelices sujetos contra los que se aplica, y no en la protección de bienes jurídicos de la mayoría de ciudadanos, ni mucho menos en la reparación de daños y perjuicios a los agraviados por el delito.

En realidad, las únicas disposiciones de esta ley con relación a las víctimas y los ofendidos,<sup>42</sup> son muy reducidas y generales, y básicamente se refieren a la protección que a cambio de colaboración en las investigaciones se brinda a dichos sujetos, para lo cual se requiere que el MPF considere fundado el riesgo a la integridad física de algún particular declarante, o servidores públicos como peritos y jueces, como se percibirá en el apartado siguiente.

Finalmente, el hecho de que la LFCDO haga referencia al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, revela su falta de actualización y de adecuación técnica-legal, al no haberse modificado todavía conforme al artículo segundo transitorio de las reformas publicadas en el DOF de mayo 18 de 1999.

---

<sup>41</sup> Se exceptúa de lo anterior el Código Penal de Brasil, en donde son los delitos contra la persona los que están en primer sitio. Sin embargo, los delitos contra la patria, la seguridad de la nación y la independencia están contenidos en ordenamientos mucho más “peligrosos”, situación que habría que considerar.

<sup>42</sup> Los derechos de las víctimas pertenecen a los llamados derechos de la “segunda generación”, es decir, aquellos que los ciudadanos, individual o colectivamente, pueden esgrimir frente a la actividad social y jurídica del Estado, y que permiten exigirle determinadas prestaciones establecidas en la legislación. Por ello deben brindarse con independencia de que se identifique, aprenda o condene al inculpado.

### **C. La protección en materia de delincuencia organizada a jueces, peritos, testigos y víctimas; y los beneficios a “delatores”.**

Figurantes secundarios como el denunciante (que puede ser o no a la vez víctima u ofendido), los elementos aprehensores, los peritos (oficiales o privados), los testigos de cargo, los jueces, y los familiares de todos y cada uno de los anteriores, juegan un rol menos protagónico, pero no por ello menos importante para nuestro objeto de estudio.

El aspecto de la protección que se prevé para los jueces, los peritos, los testigos y las víctimas del delito, tiene relevancia para nuestro análisis, en la medida en que representa una ampliación del derecho a solicitar seguridad y auxilio, del cual se abundará más adelante.

Partiendo del hecho de que la seguridad pública es una función a cargo del Estado, como se desprende del penúltimo párrafo del artículo 21 constitucional, es natural que la LFCDO prevea proteger a personas que “afecten” legalmente a inculpados peligrosos, durante el procedimiento, del posible riesgo que representa que pudieran tomarse represalias en su contra.

Sólo el artículo 34 de la LFCDO, de manera general, establece que la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR) prestará apoyo y protección suficientes, a jueces, peritos, testigos, víctimas, “y demás personas”, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos seleccionados como de “delincuencia organizada”, así se requiera. La ley no dice más. Queda en el vacío a juicio de quién quedará determinar si un caso concreto requiere de apoyo y protección.

Tampoco se especifica a qué instancia de la PGR se encomienda ésta tarea, en qué consistirá, ni por cuánto tiempo, pues no debe restringirse a la AP, al referirse genéricamente a un procedimiento penal. Según la primera parte del artículo no se trata de una cuestión que dependa de la buena voluntad del MPF para ser concedida, sino de una obligación de la PGR, aunque luego se señala que se prestará cuando así se requiera, y es en ésta última parte donde la discrecionalidad pudiera evitar la protección y apoyo.

En opinión del doctor Sergio García Ramírez ésta protección y apoyo debieran haberse incorporado al ordenamiento procesal ordinario, y no solamente al reservado a la “delincuencia organizada”, puesto que “en otros casos [también] se corre el más alto riesgo, pero no se hallan contemplados por un señalamiento como el contenido en la LFCDO”.<sup>43</sup>

Por otro lado, el artículo 14 de la LFCDO prevé la reserva de identidad hasta el ejercicio de la acción penal, situación que sólo es momentánea y exclusiva para quienes tengan el carácter de testigos; y, tarde o temprano, se revierte por ser contraria al artículo 20 apartado “A” fracciones III y VII constitucional. Como dato estadístico, entre 1997 y 2005, la PGR gastó 32 millones de pesos en su programa de “testigos protegidos”, sin que exista transparencia ni resultados concretos al respecto.

En realidad la medida obedece más a “fabricar” criminales que a resguardar a los testigos. La supuesta protección sólo consiste en reservar su identidad, y depende del “estado de ánimo” del MPF que decidirá aun en contra de lo que el testigo implore. Además está limitada en el tiempo, sólo en tanto se ejercita acción penal, lo que significa que a partir del procedimiento de preinstrucción se conocerá su identidad.

Sin embargo, además de lo poco efectivo que resulta esta “reserva” para preservar la seguridad del deponente (sea víctima u ofendido), el hecho de ocultarle al inculpado la identidad del testigo de cargo pugna con la CPEUM, los tratados internacionales, las normas secundarias procesales y con todo el sistema penal. Para el doctor Augusto Sánchez Sandoval, las acusaciones armadas en secreto:

*[...] “desde hace 2 siglos fueron condenadas por [César] Beccaria como de las peores prácticas a las cuales han recurrido los sistemas de dominación y de control autocráticos. Una estructura jurídica, que se dice respetuosa de los derechos de los ciudadanos, pero que contiene este tipo de normas es cínica”.<sup>44</sup>*

El doctor Sergio García Ramírez, estima inobjetable la medida desde el ángulo del declarante en peligro, pero no desde el ángulo del inculpado, al aproximarse mucho a la “delación secreta”<sup>45</sup> y reducirle posibilidades de defensa y aplicación de GI previstas en la AP.

---

<sup>43</sup> García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 20, p.183.

<sup>44</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op Cit.* Nota # 17, p. 167.

<sup>45</sup> García Ramírez, Sergio. *Op Cit.* Nota # 20, p. 184.

Como se mencionó, se comparten los razonamientos de ambos autores, los que junto con lo antes expuesto llevan a 8 puntos concluyentes:

- Es obligación constitucional de la Federación, Estados y Municipios proporcionar seguridad pública, en todo momento, a sus habitantes a través de sus instituciones y diversas corporaciones;
- Adicionalmente a esta obligación está la de reforzar de manera especial la seguridad de los ciudadanos que depongan en contra de algún inculpado, ya sean víctimas, ofendidos, denunciantes, testigos, peritos o jueces, por quedar vulnerables a posibles represalias (sin confundirse con el ocultamiento de identidad);
- El artículo 34 de la LFCDO prevé protección y apoyo oficial de la PGR contra agresiones injustas, solamente para quienes intervengan en procedimientos de “delincuencia organizada”. No obstante, la GI de la víctima y del ofendido para solicitar las medidas y providencias necesarias para su seguridad y auxilio, debe imponerse por jerarquía normativa en todo procedimiento ordinario;
- El apoyo y protección deben ser “suficientes” para quien interviene en cualquier procedimiento penal desde la AP hasta la ejecución de sanciones, midiendo esta suficiencia a satisfacción del propio testigo y conforme a criterios de tranquilidad e invulnerabilidad.
- La LFCDO omite precisar qué dependencia de la PGR proporcionará la medida, así como su duración y en qué consistirá, puesto que pudiera requerirse protección de por vida, ya que la condena del inculpado no garantiza que desde el centro de reclusión (de “máxima” o mínima seguridad) donde compurgue cobre venganza a través de terceros, pues para estos efectos lo mismo da que “el criminal” esté afuera o adentro;
- La reserva de la identidad del testigo, como modalidad de la protección estudiada, es insuficiente por circunscribirse a la AP, y además es inconstitucional al vulnerar los derechos del inculpado; y,
- La frase “así lo requiera” conlleva la discrecionalidad del MPF para ordenar o no el apoyo y protección, a favor de una persona en un caso determinado, además de la falta de reglas claras para obtenerlos y de medios de defensa cuando sean negados.

Por otro lado, existe una forma de protección diferente a la anterior consistente en ciertos beneficios con que la LFCDO “premia”, por prestar ayuda eficaz, al integrante de la organización delictiva que “colabore” para investigar y perseguir a otros de sus miembros. De las 6 fracciones del artículo 35 de dicha ley se desprenden 4 momentos en que puede tener lugar la delación, y sus beneficios: cuando no haya AP en su contra, durante ésta, en el proceso y después de sentencia.

En el primer caso, sólo por una ocasión, los elementos de prueba que aporte, o deriven de la AP, no se usarán contra el delator. En el segundo, por estar éste implicado, podrá reducirse su sanción hasta en 2/3 partes. En el tercer caso, por estar procesado, la reducción podrá llegar hasta una mitad. Y en el último podrá otorgársele la remisión parcial de la pena impuesta hasta en 2/3 partes.

Llama la atención el abuso de la tibia conjugación del verbo “podrá”, resultado de la endeble técnica legislativa ya apuntada.

En los últimos 2 supuestos, se requiere además que los miembros delatados tengan funciones de dirección, administración o supervisión, y que se logre sentenciarlos.<sup>46</sup> En los 2 primeros, no se hace mención al respecto, por lo cual debe entenderse que al ser un beneficio a favor del inculpado basta con señalar a cualquier miembro con independencia de las funciones que cumpla en la organización delictiva.

Aunque cuando existan otras pruebas adicionales a la confesión del delator, el artículo 36 de la LFCDO establece un requisito más a la “colaboración”: que la información suministrada se corrobore con otros medios de convicción y sea relevante para detener y procesar a otros miembros de mayor jerarquía y peligrosidad, para así reducirle las penas hasta en 3/5 partes.

Por último, el artículo 37 de la ley, amplía la posibilidad de colaborar a cualquier particular en el cumplimiento de órdenes de aprehensión, ofreciendo una recompensa condicionada a que el auxilio sea eficiente para localizar y detener al miembro de la “delincuencia organizada”, y a los términos y condiciones que determine el Procurador en un acuerdo específico.

---

<sup>46</sup> La fracción III del artículo 35 de la LFCDO habla de sentenciar, más no de condenar, por lo que desde una interpretación literal la sentencia puede condenar o absolver. De cualquier modo resulta muy difícil obtener la remisión de la pena por la vía de la “traición”.



Se coincide con el doctor Augusto Sánchez Sandoval en que los más favorecidos serán quienes conozcan más a fondo la organización delictiva, es decir, los miembros de mayor jerarquía, mientras que la aplicación más rigurosa de ésta ley recaerá “sobre los eslabones más débiles de la cadena”, y por tanto los de menor peligrosidad, los más pobres, los que son utilizados como “carne de cañón”, y que difícilmente saben algo de su funcionamiento e integración.

En ésta “ensalada” propia de la LFCDO, el último párrafo de su artículo 35 sujeta la imposición de penas y concesión de beneficios, a las reglas generales previstas en los artículos 51 y 52 del CPF. Así se debe considerar, entre otras cosas, la magnitud del daño, las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del procesado, la gravedad de los delitos cometidos por el delator, y, en su caso, la legislación en materia de ejecución de penas.

También se comparte la crítica a la instauración de estos novedosos “beneficios” en las leyes mexicanas:

*[...] “la LFCDO como fuero independiente establece una serie de discrecionalidades en las que se negocia, entre las autoridades, y entre éstas y los particulares no sólo la denuncia y la delación, sino también los montos de las penas a imponer o los beneficios penitenciarios a recibir, por motivos diferentes a los establecidos en la legislación ordinaria”.<sup>47</sup>*

Por último, se contempla proteger a los colaboradores procesados o sentenciados (artículo 42 de la LFCDO), manteniéndolos en establecimientos distintos a aquellos donde se encuentren las personas que delataron.

Atendiendo a la alusión de la ley a “establecimientos distintos”, el doctor Sergio García Ramírez<sup>48</sup> estima correcta la disposición, la cual implica que, para mejor protección dichos “colaboradores”, se alojarán en instituciones o reclusorios diferentes a los que albergan a los otros delincuentes, y no simplemente que se les instale en celdas, dormitorios, secciones o sectores separados.

---

<sup>47</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op Cit.* Nota # 17, p. 189.

<sup>48</sup> García Ramírez, Sergio. *Op Cit.* Nota # 20, p. 184.

## II. La legislación federal “pseudo-garantista” para el agraviado frente al evento delictivo. Alcances y fenomenología de su incumplimiento.

### A. La Resolución 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas.

El documento internacional que contiene los derechos para los agraviados por el delito que, según lo consideran la mayoría de tratadistas revisados, sirvió de fundamento para tomar con más seriedad la necesidad de declarar tales derechos, fue aprobado en noviembre 29 de 1985, mediante la resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU.

Se trata de la DPFVD, del 7º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985, la cual contempla 17 principios concretos a partir de una definición de víctimas, la cual se transcribe por servir de base al presente capítulo:

*PRINCIPIO 1.- “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.<sup>49</sup>*

La propia declaración admite que los derechos de las víctimas no se han reconocido adecuadamente. Sin embargo, se considera un importante antecedente del nacimiento legal de los fundamentos del derecho victimal en nuestro país plasmados en las reformas constitucionales de 1993 y 2000.

La Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU, no sólo comprende a las víctimas (del delito y del abuso de poder), sino a familiares, testigos y quienes por prestarles ayuda estén expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios; o que puedan sufrir dificultades al comparecer al enjuiciamiento de presuntos delincuentes.

---

<sup>49</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, pp. 161 y 162.

Aunque hay que aclarar que para integrar en la legislación penal un verdadero derecho victimal no bastan las actuales reformas, sino que se requiere una práctica efectiva de la defensa de los derechos de las víctimas en los tribunales, en donde se coloque en igual plano de garantías<sup>50</sup> a todos los sujetos del llamado “binomio del delito”.

Por tanto, además de definir y reconocer los DH, se deben establecer los mecanismos que posibiliten su operatividad para hacerlos efectivos, es decir, para su despliegue integral, goce y ejercicio. Por ello, se requiere reordenar el sistema de justicia penal, a partir de la AP, para la atención, apoyo y prevención a las víctimas del delito.

Destaca que la Declaración insta a los Estados miembros a esforzarse por revisar periódicamente su legislación, y prácticas vigentes, para adaptarlas a las circunstancias cambiantes; a crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y condenar, a los culpables de delitos; y a cooperar con otros Estados en la búsqueda, enjuiciamiento y extradición de delincuentes y la incautación de sus bienes para destinarlos al resarcimiento de las víctimas, entre otros.

Esto significa que los países miembros de la ONU, como México, se comprometen (según la DPFVD) a definir políticas y estrategias, y a tomar acciones necesarias para aplicar sus principios y reducir la victimización. Sin que ese compromiso tenga efectos vinculantes jurídicamente en nuestro derecho interno, al tratarse de una mera declaración del parecer formal de un organismo internacional, sino que sólo obliga moralmente.

Sin embargo, se coincide con el autor Alejandro Etienne Llano quien al diferenciar los alcances jurídicos entre las convenciones o pactos internacionales y las declaraciones (en esencia Resoluciones de la ONU), con particular referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considera a ésta última como resolución no recomendatoria, sino algo más o algo distinto a una “invitación”, la que:

---

<sup>50</sup> El derecho victimal debe requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas. Si los ciudadanos no esperan ayuda del Estado cuando son victimizados, tienen la expectativa de que al menos se castigue al culpable. Pero las fallas estructurales del sistema han hecho retornar la justicia por propia mano, donde la población “lincha” a los culpables mediante ejecuciones públicas que nos recuerdan épocas muy primitivas. *Cfr.* Capítulo I, p. 18.

*“ocupa un sitio intermedio en la escala de la obligatoriedad en la medida en que algunas de sus disposiciones consagran derechos reconocidos universalmente o casi universalmente, como DH [materia fundamentalmente de derecho internacional público], mientras otros expresan [derechos unánimemente aceptados cuyo respeto es] tan sólo un ideal común”.*<sup>51</sup>

El alcance jurídico de la DPFVD es equivalente al de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al provenir ambos de una Resolución de la Asamblea General de la ONU, tener la misma naturaleza, y sobretodo (siguiendo a Etienne Llano), ser obligatorias en la medida que contengan normas consuetudinarias o principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional (expresión del *ius gentium*), de ahí su carácter no recomendatorio.

Aunque su valor (o fuerza) es político y moral, generalmente acarrea “presiones” para su cumplimiento no obligatorio pero deseable, y recomendado como tal por un organismo internacional. Pero finalmente:

*“el carácter jurídico de una práctica o de un principio deriva en última instancia de actividades realizadas o de actitudes asumidas por los Estados, y depende de la apreciación y significado que [les] atribuya la Comunidad Internacional” [...]*<sup>52</sup>

En los siguientes apartados, al estudiar de manera específica cada una de las GI de los agraviados por el delito, dentro y fuera de la AP, se correlacionarán los puntos correspondientes de la DPFVD.

Todo ello, en función de la doliente realidad, consistente en que después de que un ciudadano soportó la terrible experiencia de ser agraviado por los efectos de la criminalidad, sufre como agregados los inconvenientes de la propia indagatoria, y los abusos de quienes la dirigen, y que paradójicamente están obligados a desempeñar una función pública para la cual la misma sociedad los “contrató” mediante los intermediarios que detentan la administración de los órganos de gobierno en sus distintos niveles.

---

<sup>51</sup> Etienne Llano, Alejandro. *La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional*. Editorial Trillas. 1ª edición. México, D.F. 1997. p. 114.

<sup>52</sup> Castañeda, Jorge. *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*. El Colegio de México. México, D.F. 1967. p. 176. *Cit.* por Etienne Llano, Alejandro. *Op. Cit.* Nota # 51, p. 112.

## **B. Las garantías individuales del artículo 20 apartado “B” constitucional implícitamente excluidas de la indagatoria penal.**

El derecho penal comprende principios que limitan el poder del Estado en su función de castigar; mientras que el derecho procesal penal establece los procedimientos para saber si el sujeto imputado es responsable del delito y del daño causado “a la sociedad”.

El párrafo primero del artículo 17 constitucional prohíbe a las personas hacerse justicia por sí solas y ejercer violencia para reclamar sus derechos; pero el párrafo segundo proporciona la alternativa:

**ARTÍCULO 17, PÁRRAFO SEGUNDO.-** *“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.*

Sin embargo, esta GI impone a los agraviados por el delito la obligación sobrentendida de dar a conocer su victimización (mediante la denuncia, querrela o *notitia criminis*) para movilizar a las autoridades competentes, y así iniciar el largo peregrinar para acceder a la justicia formal tendiente a restituir su afectación.

En cuanto a la prontitud debe existir un equilibrio entre la máxima reducción del sufrimiento de los agraviados por el delito (y del mismo inculpado) en el tiempo, ante las complicaciones del procedimiento; y entre el lapso suficiente para la certidumbre de las resoluciones de la autoridad. Y por otro lado, la imparcialidad implica la independencia de los tribunales, y la no injerencia de otros poderes reales o formales. Y la gratuidad que el erario público absorba los gastos de su funcionamiento.

Finalmente, para que la justicia sea completa, los agraviados por el delito deben ejercer todos sus derechos para obtener un fallo apegado a la verdad histórica en términos de igualdad y seguridad jurídica; y el inculpado debe hacer uso real de todos los derechos que garanticen su defensa, bajo los principios de legalidad, audiencia, contradicción y probanza.

No obstante que la víctima motiva el nacimiento de la intervención penal, es en la “modernidad”<sup>53</sup> cuando el Estado se encarga del conflicto y aplica el *ius puniendi* en nombre de la sociedad, sacándola del escenario y desplazándola hasta en la actualidad. La comunidad, como víctima simbólica y abstracta, ha sustituido a la víctima real y concreta en el sistema penal.

---

<sup>53</sup> El término alude a la forma de organización política que ha evolucionado a partir de las ideas de César Beccaria (1764), que en el caso a estudio va en función de la tradición jurídica continental (romano-germano-canónica), en que se funda y estructura el sistema penal mexicano, como estado de derecho liberal-burgués.

En México, a los agraviados por el delito, que hasta antes de la reforma al artículo 20 apartado "B" constitucional habían quedado olvidados, se les declararon, en todo proceso penal, las siguientes GI:<sup>54</sup>

- Recibir: asesoría jurídica, información de sus derechos constitucionales y, cuando lo soliciten, del desarrollo del procedimiento penal;
- Coadyuvar con el ministerio público; que se le reciban todos los datos o pruebas con que cuente (tanto en la AP como en el proceso); que se desahoguen las diligencias correspondientes; y, que el ministerio público (en su caso) funde y motive su negativa a desahogar diligencias;
- Recibir (desde la comisión del delito) atención médica y psicológica de urgencia;
- Que el ministerio público solicite en los casos procedentes que se le repare el daño, y que el juez no absuelva al acusado de la reparación si la sentencia es condenatoria;
- Negarse, en caso de ser menores de edad, al careo con el inculpado en delitos de violación o secuestro; y,
- Solicitar las medidas y providencias que la ley prevea para su seguridad y auxilio.

Así, cuando el MPF, o quien en su auxilio practique diligencias de AP, conozcan la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio (o por querrela, si ésta se ha formulado), dictarán, con la inmediatez derivada del artículo 123 del CFPP, todas las medidas y providencias necesarias para:

---

<sup>54</sup> La reforma (a la que se hará alusión en lo sucesivo) que introdujo en la Constitución los derechos de la víctima y el ofendido, adicionando el apartado "B", se publicó en el DOF de septiembre 21 de 2000, y entró en vigor 6 meses después por mandato del artículo primero transitorio del decreto. Es pertinente aclarar no nos referimos a la anterior reforma publicada en el DOF de septiembre 3 de 1993, la cual aunque sentó un trascendental precedente con la adición de su último párrafo (que por primera vez en la historia consagró explícitamente como GI algunos derechos mínimos de las víctimas y ofendidos por el delito) quedó rebasada y con la nueva reforma dejó de estar en vigor.

- Proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- Impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo;
- Saber que personas fueron testigos;
- Evitar que el delito se siga cometiendo;
- Proceder a la detención de quienes intervinieron en su comisión en caso de flagrancia; y
- En general impedir que se dificulte la AP.

De lo hasta aquí escrito se desprenden las siguientes consideraciones:

- El derecho constitucional del artículo 17 a una justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, literalmente sólo implica su “administración” por tribunales expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, y omite su “procuración”.
- Las GI de los agraviados por el delito contenidas en las VI fracciones del apartado “B” del artículo 20 constitucional, pertenecen al proceso penal por regla general, con excepción de la de recibir atención médica y psicológica “de urgencia” desde el momento de la comisión del delito, lo que implica su tutela desde antes del inicio de la AP.
- La GI de coadyuvar con el ministerio público, es la única aplicable expresamente durante la AP, y comprende: La recepción de todos los datos o elementos de prueba con que cuente; el desahogo de las diligencias correspondientes; y en caso de negativa a esto último, que el ministerio público la funde y motive.
- De todas las medidas y providencias necesarias que el CFPP impone dictar al MPF (y a sus auxiliares) en la AP, inmediatamente que tengan conocimiento de la probable existencia de un delito (sea perseguible de oficio o por querrela previamente formulada), sólo 3 tienen que ver con las víctimas:

Proporcionarles “seguridad y auxilio”; “evitar que el delito siga cometiéndose”; e indirectamente, “impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios, instrumentos o cosas objeto o efectos del delito”.

El alejamiento forzado de los agraviados por el delito de la AP (y del mismo proceso penal) a que se hizo alusión al inicio de este apartado, parece calcarse en los textos doctrinarios, quizás jalados por la inercia de su añejo olvido, o por la pereza o desinterés en la revisión de las nuevas ediciones sobre estos temas.

En realidad pocos autores han profundizado en los derechos de los agraviados por el delito desde la aludida reforma que adicionó el apartado “B” al artículo 20 de la CPEUM, la que relativamente pudiera

considerarse todavía como nueva, a pesar de sus más de 5 años de vigencia. Para ejemplificar lo anterior, a continuación se refieren 3 textos de lectura obligada por las aportaciones, de sus prestigiados autores, en materia de derechos individuales, que no analizan el tema:

El maestro Miguel Carbonell, en su completísimo estudio sobre los derechos fundamentales en México, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, prescinde de aspectos penales contenidos en la carta magna, con la salvedad de la referencia a la reforma, de agosto 21 de 2001, al artículo 18 constitucional respecto a la compurgación de penas.<sup>55</sup>

Al comentar el numeral 20 de la CPEUM, el doctor Sergio García Ramírez dedica 13 páginas al apartado “A” (del inculpado), mientras que escasamente otorga 2 páginas al apartado “B” (agraviados por el delito), aunque considera “plausible la tendencia a sacar al ofendido de la marginación en que había caído”.<sup>56</sup>

El doctor Ignacio Burgoa Orihuela, que en paz descansa, en la 36ª edición de sus “*Garantías Individuales*”<sup>57</sup> (texto clásico, indispensable en cualquier bibliografía de la materia), deja abiertamente establecido que no entrará al análisis del artículo 20 constitucional por referirse a cuestiones penales, con lo cual el lector no tiene oportunidad de conocer la opinión del respetado autor sobre ambos apartados del numeral citado.

---

<sup>55</sup> “Como ya se dijo en la nota preliminar, algunos derechos que tienen que ver con la materia penal no serán estudiados dentro de éste capítulo por considerarse que, en razón de su objeto, pertenecen al ámbito del derecho penal, procesal penal o penitenciario”. Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 1ª edición, México, D.F. 2004. p. 591.

<sup>56</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 14, p. 337. “Desde las reformas procesales de 1983, se inició una profunda reconsideración del ofendido, con el propósito de mejorar su situación jurídica y, desde luego, afianzar su participación en el procedimiento, principalmente para obtener la satisfacción de los daños y perjuicios que le causó el delito”.

<sup>57</sup> “Por consistir las garantías insertas en el artículo 20 de la Constitución elementos procesales en materia penal [...] no corresponde[n] al estudio que venimos realizando [por lo que] deliberadamente nos abstenemos de abordar su examen”. Burgoa Orihuela, Ignacio. “*Las Garantías Individuales*”. Editorial Porrúa. 36ª edición. México, D.F. 2003. pp. 646 y 647.



En contraposición, hay que reconocer los esfuerzos de los pocos autores que han hecho públicas sus investigaciones en esta materia, a partir del doctor Luis Rodríguez Manzanera y sus estudios de la víctima; y más recientemente la doctora Olga Islas de González Mariscal, el doctor José Zamora Grant, y la ex Subprocuradora María de la Luz Lima Malvado.

Tales autores, y otros más consultados, son coincidentes en el abandono de los agraviados por el delito por parte del Estado a partir de que éste asumió el derecho de venganza en pro de la defensa social al amparo de la modernidad. Es decir, a partir de que el derecho penal moderno se estructuró para la tutela de bienes jurídicos a favor de la sociedad organizada, y no del propio titular del bien. A manera de ejemplo a continuación se enlistan algunas de éstas opiniones, las cuales además se comparten:

Para la doctora Olga Islas de González Mariscal, los especialistas en justicia penal, y la sociedad en general, han señalado que toda la protección legal centra su atención en los derechos del inculpado, y que “en contraposición la víctima del delito pasó a ser, víctima del olvido y del abandono legal”.<sup>58</sup>

Miguel Ángel Díaz Herrera, en un artículo publicado en 2003, como Procurador del Estado de Yucatán, estima que “desde que el Estado monopoliza la reacción penal, es decir, desde que se prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses, el papel de las mismas se va difuminando hasta casi desaparecer”.<sup>59</sup>

El profesor-investigador Raúl Rojas Camacho, al enumerar las aportaciones de la nueva *Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal*, refiere que se “rescata a la víctima de la marginación”,<sup>60</sup> de lo cual se infiere que ésta se consideraba marginada en el Distrito Federal (en adelante, DF) hasta antes de la publicación de la mencionada ley.<sup>61</sup>

Por su parte, la ex Subprocuradora María de la Luz Lima Malvado identifica en el derecho penal y procesal penal muy pocas menciones a las víctimas, y considera que al Estado no le preocupan como tales sino en función del delincuente:

*“Si nos preguntamos por qué y a partir de cuándo se dio el olvido en el sistema de procuración y administración de justicia de la víctima del delito, encontramos que ni dentro de los paradigmas científicos de*

---

<sup>58</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *Derechos de las Víctimas y de los Ofendidos por el Delito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 1ª edición. México, D.F. 2003. p. xii.

<sup>59</sup> Díaz Herrera, Miguel Ángel. Artículo: “*La Víctima: Un Recuento Histórico de su Papel en el Proceso Penal*”. *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 9. México, D.F. Enero-Marzo 2004. p. 132.

<sup>60</sup> Rojas Camacho, Raúl. Artículo: “*Comentarios a la nueva Ley de Víctimas para el Distrito Federal*”. *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (en adelante, INACIPE). 2ª época. Número 11. México, D.F. Julio-Septiembre 2004. p. 208.

<sup>61</sup> La Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de abril 22 de 2003.

*la actual ciencia del derecho penal, ni entre sus fines está incluida; de ahí que estén ausentes las políticas públicas que permitan su atención y defensa”.<sup>62</sup>*

Para ésta autora no se pueden extender los fines del derecho penal a un sujeto como es la víctima, para la cual no ha sido estructurado, ni la abarca como objeto de estudio:

*El sistema, al sacar a la víctima y no darle la oportunidad de participar, le quita todos sus derechos “definidos” por el Estado convirtiéndola en un “no sujeto de derecho”, para dejarla en estado de indefensión, además de sobrevictimizarla y estigmatizarla sin poder exigir lo que a sus intereses conviene durante el desarrollo del procedimiento penal.<sup>63</sup>*

Joan J. Queralt<sup>64</sup> apunta que es común escuchar postulados en pro de los DH de los inculpadados, y por el contrario, “no tan común resulta [...] escuchar argumentos que claman por los derechos de las víctimas”. Y, en referencia al proyecto alternativo alemán de Clauss Roxin, agrega que es *comunis opinio* que:

*“la víctima, en una amplia gama de supuestos situacionales, es la gran olvidada de la práctica penal cotidiana, que no se le presta en la mayoría de los supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra, que como persona dañada es la más débil de la relación víctima-victimario”.<sup>65</sup>*

A la escasa bibliografía específica, hay que añadir la eliminación de la posibilidad de aplicación de la mayoría de los derechos de los agraviados por el delito, durante la investigación ministerial, resultante de la exclusión constitucional tácita mezclada de las prácticas comunes en las oficinas del MPF, y al desinterés por constatar su cumplimiento.

En este sentido, Miguel Ángel Díaz Herrera, al calificar como “un gran avance” a la reforma que agregó el apartado “B)” al artículo 20 de la ley fundamental, considerando loable la labor del Poder Legislativo, advierte, con razón, que al mismo tiempo:

*“hay que estar concientes de que la situación de las víctimas en general no cambiará sólo con el reconocimiento constitucional de sus derechos, sino que deben ser respetados y llevados a cabo por los órganos del Estado encargados de la procuración y la impartición de justicia”.<sup>66</sup>*

Asimismo, el doctor José Zamora Grant señala el poco interés mostrado por el Estado ante los agraviados por el delito, el desentendimiento casi natural de su atención, de las indemnizaciones y de la estructuración de programas de ayuda y tratamiento, agravado por el hecho de que:

---

<sup>62</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, p. 2.

<sup>63</sup> *Op. Cit.* p. 4.

<sup>64</sup> Queralt, J. Joan. *Víctimas y Garantías. Algunos Cabos Suelto. Libro Homenaje a Clauss Roxin*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, España. 1999. pp. 148 y ss. *Cit.* por Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, pp. 139 y 140.

<sup>65</sup> *Loc. Cit.*

<sup>66</sup> Díaz Herrera, Miguel Ángel. *Art. Cit.* Nota # 59, p. 141.

*“de asumir una postura preocupada por las víctimas, el Estado tendría que empezar por reconocer -y evidenciar- el notorio irrespeto a los DH de las víctimas y el insoportable margen de impunidad existente por la inoperancia del sistema penal”.<sup>67</sup>*

*[...] “Cada vez que por errores, descuidos, incompetencia o corrupción de los operadores del propio sistema penal se genere impunidad, la afectación más clara será para la víctima que verá perdidas las posibilidades de que se le imparta justicia” [...].<sup>68</sup>*

Todo se resume en la búsqueda de la justicia no sólo para los agraviados por el delito, sino también para los inculcados. En cuanto al primer punto, a continuación se revisan cada una de sus GI, las cuales al no quedar incluidos claramente en el procedimiento federal de AP, generan con frecuencia incertidumbre por las dudas que en la práctica existen sobre su aplicabilidad.

Debido a que no se menciona manifiestamente en la CPEUM que estas GI puedan o deban cobrar vigencia en la AP [como sucede con las del inculcado en el último párrafo del apartado “A)” de dicho numeral], muchos agentes del MPF no las respetan. Tales garantías se contemplan por el apartado “B)” del artículo 20 constitucional, fracciones I, IV, V y VI.

---

<sup>67</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, pp. 18 y 19.

<sup>68</sup> *Op. Cit.* p. 143.

## 1. Primera garantía: Asesoría jurídica.

La fracción I encabeza la lista de GI que de manera tácita la Constitución excluye del procedimiento seguido ante el MPF. Lo anterior se asevera al inferir de la simple lectura del texto que no se prevé su aplicabilidad en dicha etapa, lo cual lleva al problema de la interpretación según la conveniencia de inclinar la balanza a favor de determinado interés en un caso concreto:

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

**APARTADO B).-** *“De la víctima o del ofendido:*

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

Tal fracción establece la recepción de asesoría jurídica, la información de los derechos constitucionales del apartado en estudio, así como del desarrollo del procedimiento penal, en este último caso se condiciona expresamente a que se solicite la información, lo cual, en nuestro concepto, está de sobra en el texto.

Pero vayamos a la primera parte de ésta GI, por ser la que motiva el presente segmento, es decir, el derecho a recibir asesoría jurídica:

En todo su sentido el vocablo asesorar implica informar a los agraviados por el delito, de los derechos que les concede la Constitución y la ley adjetiva, y proveerles de asistencia técnica dirigiéndolos desde la comisión del delito, pasando por la denuncia o querrela y durante todo el procedimiento hasta la ejecución de la sentencia definitiva y satisfacción de sus pretensiones (no solo la de reparación del daño).

Según el doctor Sergio García Ramírez<sup>69</sup> la asesoría debe quedar a cargo de un órgano de servicio instituido por el Estado, y consistir en una “auténtica defensa de los intereses y derechos del ofendido”, adicional a la tradicional orientación del ministerio público, prestada “bajo principios de competencia profesional, gratuidad, oportunidad y plenitud”.

Se coincide en que éstos servicios de asesoría jurídica deben otorgarse por abogados conocedores del procedimiento penal, que “verdaderamente puedan” brindarla. No obstante, ni la carta magna ni la ley secundaria precisan el momento a partir del cual debe prestarse, ni mucho menos a qué entidad pública le corresponde otorgarla.

---

<sup>69</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 14, p. 338.

En cuanto a la institución que debe arrogarse la responsabilidad de proporcionar la asesoría jurídica, existen, por lo menos, las siguientes 4 posturas:

La primera apunta directamente al ministerio público al considerar que entre sus atribuciones está la de asistir jurídicamente a los agraviados por el delito, como su representante. Y que tal obligación inicia desde la AP e incluso antes, y permanece durante todo el proceso penal hasta lograr el pago de la reparación del daño y el castigo al inculpado, en ejecución de sentencia firme. De las 9 fracciones del artículo 2 del CFPP que enumera lo que compete al MPF durante la AP, sólo 4 lo vinculan a los agraviados por el delito:

**ARTÍCULO 2.-** *Compete al [MPF] llevar a cabo la AP y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.*

*En la AP corresponderá al [MPF]:*

**FRACCIÓN I.-** *“Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito”.*

**FRACCIÓN V.-** *“Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas”.*

**FRACCIÓN VI.-** *“Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38”.*

**FRACCIÓN VIII.-** *“Acordar y notificar **personalmente** al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal, y en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen”.*

La fracción I está limitada a la simple recepción de la denuncia (o querella), pero implícitamente debe llevar aparejada una mínima orientación por parte del MPF en cuanto a la procedencia y forma de presentación.

La fracción V tiene que ver con la GI de solicitar seguridad y auxilio; y la fracción VI se relaciona de alguna forma con la de reparación del daño, pero ambas de alguna manera implican patrocinio ministerial. No es posible dictar medidas y providencias tendientes a dar seguridad y auxilio a las víctimas, o asegurar o restituir al ofendido en sus derechos, sin una previa explicación o asistencia legal para que comprendan el procedimiento a seguir y la trascendencia de cada actuación.

La fracción VIII que obliga a que la notificación sea personal por reforma publicada en el DOF de junio 22 de 2006, al ser parte del derecho a recibir información, debe ir acompañada de cierta asesoría jurídica necesaria, aunque como está planteada la disposición más bien presupone que los agraviados por el delito tendrán su propio abogado para poder combatir legalmente el inejercicio.

El artículo 4 fracción I, apartado C), incisos a) y b), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>70</sup> (en adelante, LOPGR), manifiestamente atribuye al MPF la asesoría jurídica en materia de atención a los agraviados por el delito, como se aprecia a continuación:

**ARTÍCULO 4.-** *“Corresponde al MPF:*

**FRACCIÓN I.-** *“Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:*

**APARTADO C).-** *“En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito:*

**INCISO a).-** *“Proporcionar asesoría jurídica a la víctima u ofendido e informarle de los derechos que en su favor establece la CPEUM y, cuando lo solicite, sobre el desarrollo del procedimiento penal;*

**INCISO d).-** *“Informar a la víctima u ofendido que desee otorgar el perdón en los casos procedentes, el significado y trascendencia jurídica de dicho acto”.*

La segunda postura libera al ministerio público de la asesoría, por ser otra la naturaleza de su función persecutora e investigadora, y propone la creación de una nueva figura bajo la denominación de “defensor victimal”, para equiparar éste derecho al que tiene el inculpado a una defensa adecuada.

En este sentido uno de los aspectos más relevantes de la iniciativa de *Ley de Justicia para las Víctimas del Delito del DF*, citada con el punto “4” por el profesor-investigador Raúl Rojas Camacho, que incluyó los resultados del *Foro de Victimología* de diciembre 13 de 1993, celebrado a petición de la *Fundación Mexicana de Asistencia a las Víctimas, I.A.P.*, refiere que en aquel tiempo:

---

<sup>70</sup> La LOPGR se publicó en la 1ª Sección del DOF, de diciembre 27 de 2002, comprendiendo un total de 75 artículos, y 9 transitorios. Y en febrero 11 de 2003 el DOF dio cuenta de una fe de erratas a la ley.

*“se discutieron distintas estrategias para crear una cultura jurídica que defendiera los derechos del ofendido, con la misma decisión y seriedad que la corriente, igualmente respetable, que demanda mayor seguridad jurídica y oportunidades de defensa para los inculcados, atendiendo a la presunción de inocencia”.<sup>71</sup>*

La Tercera postura, de plano busca involucrar de manera directa a los agraviados por el delito como partes dentro del proceso, para así poder intervenir, por sí o por abogado, como lo hace el inculcado, e incluso se llega al extremo de proponer que directamente ejercite la acción penal.

Al respecto el ex Secretario de Seguridad Pública federal, Alejandro Gertz Manero, considera que la forma en que el ministerio público ha actuado por más de 70 años ha llevado al fracaso a la Procuración de Justicia en este país:

*[...] “ejerciendo un monopolio absoluto del ejercicio [sic] de la acción penal y actuando fuera de un marco de normatividad procesal en el que la víctima pueda ejercer sus derechos, ya que se le ha negado la calidad de parte” [...].<sup>72</sup>*

Y sustenta su afirmación en encuestas que señalan que alrededor del 70% de los delitos no son denunciados por los agraviados por el delito debido a su desconfianza en esa institución, y que del 30% restante, más del 90% de AP[s] no se consignan.

Existe una opción más, planteada por la doctora Olga Islas de González Mariscal<sup>73</sup>, similar a la primera apuntada, consistente en “robustecer dentro de la institución del ministerio público, el área de asesoría, constituida como auténtica asistencia legal” que ilustre, aconseje y patrocine gratuitamente al ofendido.

En efecto, coincidimos en una solución donde en principio sea una obligación indelegable del gobierno, y no de organismos particulares. En materia federal actualmente la asesoría corresponde al MPF, conforme a la LOPGR, lo cual consideramos debe cambiar, puesto que le resta imparcialidad.

---

<sup>71</sup> Rojas Camacho, Raúl. *Art. Cit. Nota # 60*, p. 214. Este principio consiste en la obligación del MPF de demostrar la probable responsabilidad del inculcado, el cual originalmente tiene el status de inocente hasta en tanto dicho órgano investigador no demuestre lo contrario ante un juez, y que éste último además así lo declare en sentencia definitiva con base en los medios de convicción existentes en el expediente por el que se siguió el proceso.

<sup>72</sup> Gertz Manero, Alejandro. Artículo: “*Bienvenida la Polémica*”. *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*. INACIPE. 2ª época. Número 8. México, D.F. Octubre-Diciembre 2003. p. 101.

<sup>73</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit. Nota # 58*, p. 17.

De tal modo que considerando la carga de trabajo y el carácter heterogéneo de sus funciones, se propone que la asesoría jurídica de fondo, permanente, integral y gratuita quede en manos de un área especializada fuera de las Procuradurías, para así hacer efectiva ésta GI de manera profesional, oportuna y eficiente por servidores públicos dedicados de manera técnica legal a ésta actividad de tiempo completo.

En el ámbito de los documentos internacionales, la GI en estudio se contempla en el principio 6, inciso “c)” de la DPFVD, al propósito del acceso a la justicia y el trato justo a las víctimas:

**PRINCIPIO 6.-** *“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:*

**INCISO c).-** *“Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial”.<sup>74</sup>*

De la referencia anterior se desprende el compromiso de los Estados miembros para realizar reformas domésticas a sus sistemas legales, con el propósito de adecuar, a las necesidades de las víctimas, sus reglas procedimentales no solamente de carácter judicial sino también de índole administrativo.

Entre esas “adecuaciones” se menciona la prestación de asistencia, a la cual se le impone el calificativo de “apropiada”, y en cuanto a su duración deja claro que deberá comprender todo el “proceso judicial”, por lo que interpretando el término en sentido amplio, la AP estaría inmersa en el mismo.

De lo contrario no tendría razón de ser un postulado protector que por una cuestión concerniente al momento o al estado procesal en que se encuentre el asunto, dejara sin asesoría a los agraviados por el delito hasta en tanto se avanzara a la siguiente etapa, cuando es en la primera donde la mayoría de las veces se definen las cuestiones torales que se debatirán en el procedimiento de instrucción.

El doctor José Zamora Grant pone especial atención en que los encargados de asesorar a los agraviados por el delito no sólo informen eficazmente sobre sus derechos, sino que les expliquen las formas y los mecanismos para que los mismos se hagan efectivos y, de proceder, que el propio ministerio público lo gestione como corresponda:

---

<sup>74</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, pp. 162 y 163.



*"La asesoría jurídica debe implicar comunicación constante entre víctima y ministerio público, quien deberá mantener informada a la víctima en todo momento [...] de los pormenores del procedimiento".<sup>75</sup>*

Sin duda nuestro actual sistema penal tiene una gran deuda con el agraviado, cuya ingerencia en la AP ha sido marginal hasta ahora, y siempre subordinada al ministerio público. Por ello, la ley debe darle más participación para posibilitar no sólo la reparación sino la sanción al responsable de su afectación sufrida.

Ha quedado claro que la Procuraduría, como encargada, hasta ahora, de asesorar a los agraviados por el delito, debería explicarles no sólo sus derechos, sino las formas y mecanismos para poderlos hacer efectivos, además de mantener una comunicación constante que los tenga al tanto de cada actuación y de sus alcances en la AP, desde el momento en que acuden a presentar su denuncia o querrela, debiendo llevar un seguimiento puntual del procedimiento.

Esto no se cumple, ni aunque el acuerdo A/018/01 del titular de la PGR, por el que "se establecen los lineamientos que deberán seguir los agentes del MPF respecto a las garantías de las víctimas u ofendidos por los delitos",<sup>76</sup> obligue a la asesoría jurídica gratuita en sus artículos cuarto y sexto.

La triste realidad es, como se ha señalado, que en muchas agencias del MPF es común que no se dé la asesoría jurídica, y que ni siquiera se le reciba la denuncia a los agraviados por el delito; que los citen a una hora determinada y los atiendan varias horas después; que los traten con prepotencia; y que les dilaten sin razón la integración del expediente.

---

<sup>75</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, p. 144.

<sup>76</sup> ARTÍCULO CUARTO.- *"Inmediatamente que la víctima o el ofendido por el delito se presente o comparezca ante el agente del MPF, éste deberá de practicar las diligencias siguientes: FRACCIÓN II.- "Informar a la víctima u ofendido los derechos que le otorgan la CPEUM, el CPF, el CFPP y las demás disposiciones aplicables, así como explicar el contenido y alcance de tales derechos, y, FRACCIÓN III.- "Explicar a la víctima u ofendido las etapas y desarrollo del procedimiento penal, atendiendo a las características y peculiaridades del delito materia de la investigación. El agente del MPF deberá dejar constancias en las actuaciones de la AP, del cumplimiento de lo dispuesto en las fracciones anteriores, y deberá recabar la firma de la víctima u ofendido, si es que esto es posible". ARTÍCULO SEXTO.- "El MPF brindará asesoría jurídica de carácter gratuito a la víctima u ofendido, la cual consistirá por lo menos en: FRACCIÓN I.- "Orientar a la víctima u ofendido sobre la forma y modo para hacer valer los derechos que le otorgan la CPEUM y los ordenamientos aplicables; FRACCIÓN II.- "Encauzar a la víctima u ofendido con las instancias y autoridades competentes cuando sea procedente, de acuerdo con las características y particularidades del delito materia de la investigación. Siempre que el agente del MPF brinde la asesoría a la que se refiere el presente artículo, deberá dejar constancias en la AP, recabando, de ser posible, la firma de la víctima u ofendido".* DOF de marzo 30 de 2001.

## 2. Segunda garantía: Recibir información necesaria.

El derecho a recibir la información necesaria es también parte de la asesoría jurídica a que, como se ha revisado, hasta hoy está obligado el MPF frente a los agraviados por el delito:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...]

FRACCIÓN I.- [...] *“ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal”.*

La información que la autoridad proporcione a los agraviados por el delito (la que necesiten en sentido amplio), comprende 2 partes: sus derechos constitucionales y el desarrollo del procedimiento penal.

Al presentarse alguna querrela o denuncia, se ejerce una manifestación de voluntad para que el MPF como autoridad competente conozca hechos que ameriten iniciar una AP y continuar su procedimiento.

El artículo 16 párrafo segundo constitucional señala los requisitos para que la autoridad judicial ordene una aprehensión, entre ellos que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito. Este requisito de procedibilidad lo recoge el artículo 113 fracción I del CFPP que prohíbe iniciar de oficio la AP en delitos donde solo se pueda proceder por querrela necesaria cuando ésta no se haya presentado.

Por tanto, resulta fundamental que los agraviados por el delito, reciban la información necesaria desde un principio, puesto que el artículo 114 del CFPP dispone que la querrela del ofendido es necesaria sólo en casos así determinados por el Código Penal u otra ley.

La querrela, en opinión del doctor Zamora Grant,<sup>77</sup> posibilita no sólo una participación más directa de la víctima en el proceso y la facultad de otorgar el perdón, sino que el conflicto se solucione de manera más pronta y pacífica obteniéndose la reparación del daño, para así evitar las consecuencias nocivas del proceso penal y las altas cargas de trabajo, mejorándose así la procuración y administración de justicia.

---

<sup>77</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, p. 154.

Por ello debe explicarse la necesidad, y la trascendencia, de éste acto con toda claridad antes de su declaración ante el MPF. Aunque ni la CPEUM ni la el CFPP lo determinan, es poco antes de presentada ésta manifestación, cuando deben informarse a los agraviados por el delito, sus derechos constitucionales.

Es imprescindible que se haga desde su primer contacto con la autoridad investigadora, con la misma inmediatez prevista para que al inculpado se le hagan del conocimiento sus derechos, y debiendo dejar constancia de ello en el expediente. Sostener lo contrario equivaldría a un ejercicio fragmentario de la GI.

El artículo 141, en su fracción I, del CFPP dispone claramente que “en todo procedimiento penal” (y la AP es el primero de los procedimientos penales), la víctima, o el ofendido, por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica y a ser informado, “cuando lo solicite”, del desarrollo de la AP<sup>78</sup> o del proceso.

Aunque queda claro que en la indagatoria los agraviados por el delito pueden hacer valer la GI analizada, surge otro problema al no estipularse el instante preciso en que debe observarse dentro de la AP, es decir, si al inicio, en la integración o al resolverse. En nuestra opinión, para que sea efectivo y oportuno, debe ser desde un principio como parte de su derecho a conocer todos los datos disponibles.

El mismo criterio debe aplicarse a la trilogía de GI comprendidas en la propia fracción: la asesoría jurídica, la información de derechos constitucionales y del desarrollo del procedimiento penal; las cuales deben ejercerse desde el inicio de la AP, y extenderse a toda su duración y la de los demás procedimientos.

El derecho de los agraviados por el delito, a estar presentes en el desarrollo de todos los actos procesales, en los que el inculpado pueda estarlo, se considera parte de la fracción I del apartado “B” de la CPEUM, y constituye una ampliación del mismo en la fracción III del artículo 141 del CFPP.

En el postulado internacional de la DPFVD, que a continuación se reproduce, la ampliación de la GI de recibir información es mayor todavía:

**PRINCIPIO 6.-** *“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:*

**INCISO a).-** *“Informado a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando hayan solicitado esa información”.<sup>79</sup>*

---

<sup>78</sup> La fracción I del artículo 141 del CFPP no deja lugar a dudas sobre la aplicabilidad de la GI estudiada en la AP, a diferencia de la CPEUM que únicamente contempla genéricamente la recepción de información del “procedimiento penal”. Esta es la razón por la cual este derecho se incluyó en el conjunto de garantías implícitamente excluidas de la AP por la misma Carta Magna.

<sup>79</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, p. 162.

En este principio se aprecian similares compromisos de adecuación, que en lo que nos interesa para el presente estudio, destacan 4 aspectos de información a las víctimas: su papel como víctima; el alcance de las actuaciones; el desarrollo cronológico y la marcha de las mismas; y, la decisión de sus asuntos.

También, es importante que la información no esté condicionada a “una solicitud”, sino que solamente se le da mayor preferencia cuando haya sido solicitada, sin que ello sea un requisito para proporcionarla, con agilidad, puesto que es una obligación de la autoridad.

Por otra parte, como se ha señalado, el hecho de que tales derechos se actualicen desde el inicio, implica necesariamente que continuarán vigentes durante todo el procedimiento. Sin embargo, muchas veces después de presentada una querrela (o denuncia) los agraviados por el delito no vuelven a saber del asunto, ni aún en el caso donde se determine “reservarlo” hasta la aparición de datos bastantes para la consignación, o que se resuelva no ejercitar acción penal.

Sobre éste último punto, la fracción VIII del artículo 2 del CFPP, estipula que compete al MPF llevar a cabo la AP y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. Y añade que además le corresponde, entre otras acciones, acordar y notificar a los agraviados por el delito, el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver la inconformidad que aquéllos formulen. Tal notificación afortunadamente ya es personal desde la reforma publicada en el DOF de julio 22 de 2006.

La cobertura de este derecho se amplía no sólo al ofendido, sino también al denunciante y al querellante: el artículo 133 del CFPP otorga a dichos sujetos 15 días a partir de que se les haga saber la determinación (de inejercicio de la acción penal), para acudir al Procurador General de la República, quien decidirá en definitiva (oyendo el parecer de sus agentes auxiliares) sobre el ejercicio o no ejercicio.

Al respecto, conviene desviarnos un poco para revisar los 2 tipos de determinaciones sujetas a la consulta del Procurador (reserva e inejercicio), al ser fundamental su significado y efectos en la AP con relación a los agraviados por el delito.

Por lo que hace a la primera, es con base en el acuerdo del Procurador A/006/92, emitido hace más de una década, como el MPF procede en la práctica a someter a consulta el inejercicio de la acción penal, haciéndolo del conocimiento del denunciante, querellante u ofendido para que formule las observaciones pertinentes en el término de 15 días a partir de la notificación.

Sin embargo, hasta antes de la reforma a los artículos 2 fracción VIII y 141 fracciones V del CFPP, la notificación no se hacía de manera personal, con lo cual en los hechos casi nunca se formulaban observaciones en tiempo, lo que motivaba que fueran “desechadas sin mayor trámite”. En seguida se transcribe el artículo 5º del acuerdo que servía de fundamento, el que ahora resulta contrario a la reforma:

*QUINTO.- “La notificación al denunciante, querellante u ofendido a que alude el artículo anterior, se hará por cédula que será fijada en una tabla de avisos que para tal efecto se sitúe en lugar visible y de fácil acceso al público del local que ocupa la agencia del ministerio público correspondiente, asentando debida razón en autos”.<sup>80</sup>*

En el mejor de los casos, si los agraviados por el delito por azar conseguían enterarse de la propuesta de no ejercicio de la acción penal, y además entregaban en tiempo sus observaciones, el MPF podía practicar más diligencias y luego volver a notificar el no ejercicio en su caso, o simplemente podía no practicar absolutamente nada y reiterar el inejercicio, sin que sirvieran de nada los argumentos del agraviado.

Por otro lado, en el caso de la consulta de “reserva” (que no es completamente definitiva como la de inejercicio), su fundamento recae en el diverso acuerdo del Procurador A/007/92 (de misma antigüedad que el anterior), el cual no estipula término, y al respecto sólo obliga al MPF a actuar en los siguientes términos:

**ARTÍCULO CUARTO.-** [...]

**INCISO a).-** *“Solicitará al denunciante, querellante u ofendido aporte mayor información, o en su caso, proponga nuevas pruebas para desahogar.*

**INCISO b).-** *“Elaborará el acuerdo fundado y motivado donde consulte la reserva del expediente, si el denunciante, querellante u ofendido no aporta mayor información u otros medios de convicción, o habiéndolos presentado no fueren suficientes y pertinentes para resolver en definitiva”.<sup>81</sup>*

---

<sup>80</sup> PGR. Acdo. Cit. Nota # 1, artículo quinto.

<sup>81</sup> DOF. Abril 3 de 1992. Acuerdo número A/007/92 del Procurador General de la República, que determina el actuar de los agentes del MPF respecto a los asuntos en que consulten la Reserva de las Averiguaciones Previas a su cargo. Artículo cuarto, incisos “a)” y “b)”.

Es inadmisibles que el citado artículo 4º, delegue la obligación de investigar y perseguir los delitos (que el artículo 21 párrafo primero constitucional impone al ministerio público), en el querellante u ofendido, y que en caso contrario le aplique un acuerdo “fundado y motivado” de archivo como “penalización” a sus limitadas probanzas, según el sentir del MPF del caso.

Este acuerdo no únicamente invierte la carga procesal de la prueba, que legalmente corresponde al MPF, sino también sus propias atribuciones, pues el denunciante (o querellante) deberá aportar información y proponer pruebas a desahogar, las cuales deben ser además suficientes y pertinentes.

La solicitud al denunciante, o querellante, de aportar mayor información o medios de prueba es inadecuada, puesto que si el MPF, con todos los recursos de que dispone para realizar sus funciones, no fue capaz de reunir los elementos base del ejercicio de la acción penal (por imposibilidad material, por deficiencia en su actuar, por interés de encubrir o favorecer al autor del delito, o por la razón que sea), menos podrá lograrlo un particular ofendido.

No está de más resaltar la enorme diferencia en cuanto a sus efectos, entre “no ejercicio” y “reserva”, debido a que esta última, aun en el caso de que hubiese sido aprobada, permite que en cualquier tiempo el MPF desahogue diligencias derivadas de nuevos medios de convicción que con posterioridad recabe o le promuevan, e incluso algún día llegar a ejercitar acción penal mientras esté vigente.

El último párrafo del numeral 133 del CFPP contiene una aberración peor a las encontradas en los acuerdos analizados, pues impide impugnar la resolución donde el Procurador se abstiene del ejercicio de la acción penal, la que no admite recurso alguno, como si su opinión fuera una verdad absoluta e infalible.<sup>82</sup>

Es oportuno puntualizar que el artículo 104 del CFPP sólo obliga a notificar personalmente a las partes aquellas resoluciones (autos y sentencias) que sean apelables, dejando fuera a los agraviados por el delito por no ser partes en estricto sentido. En cambio, el artículo 80 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (en adelante, CPPDF) sí los contempla nominativamente.

El hecho de que la notificación no se practique en forma personal a los agraviados por el delito, sentimos que pugna con la disposición constitucional en análisis, pues equivale a negar la información que requieren, y por tanto a forzarlos a estar pendientes, “custodiando” los estrados de la agencia investigadora (y en su caso, del juzgado), por lapsos no mayores de 15 días, para estar en disposición de

---

<sup>82</sup> La forma de combatir estas resoluciones conforme al párrafo cuarto del artículo 21 constitucional será motivo de estudio en el tercer capítulo de este trabajo, relativo a los medios legales de defensa y control a favor no sólo del ofendido y de la víctima, sino también del mismo inculpaado.

presentar lo que a su derecho convenga en tiempo y forma oportunos. Esto hasta antes de la reforma procesal ya aludida.

Según la fracción VIII del artículo 2 del CFPP el MPF debe acordar y notificar a los agraviados por el delito el no ejercicio de la acción penal, y en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquellos formulen. Sin embargo, antes no se aclara si la notificación señalada debía hacerse de manera personal o no.

Se considera que en cumplimiento efectivo de la fracción I del apartado "B)" de la CPEUM, no había entonces impedimento para que la notificación se practicara en forma personal. Ello con independencia de que los artículos 104, 131 y 133 del CFPP, y los acuerdos del Procurador A/006/92 y A/007/92 no lo exigieran, puesto que de otro modo no es posible cumplir el propósito de la GI en estudio, al quedar los agraviados por el delito en total indefensión. Que objeto tendría una notificación de la que no se enteraran.

Es importante subrayar la vigencia de estos acuerdos del Procurador al no haber sido invalidados por ninguna disposición posterior de la misma naturaleza, con las salvedades ya apuntadas donde queda demostrada la manera como un simple acuerdo es capaz de contravenir la propia Constitución y el CFPP.

Por el contrario, tales acuerdos quedaron refrendados en las fracciones XIV y XV del artículo primero de la circular número C/001/04 del Procurador, "por la que reitera a todos los servidores públicos de la institución su obligación de observar la normatividad interna que la Procuraduría ha emitido, a efecto de fomentar el apego a la legalidad y el respeto irrestricto de los derechos de las víctimas u ofendidos de los delitos".<sup>83</sup>

En cuanto a la GI consistente en que los agraviados por el delito sean informados del desarrollo del procedimiento penal, cabe reiterar que no sólo debe realizarse por la autoridad cuando "exista solicitud" al respecto, sino que la información debiera asemejarse a la rendición de cuentas por parte del MPF hacia el agraviado, y formar parte de la asesoría jurídica, con independencia de que se solicite o no.

Y su aplicación debe ser incluso antes del inicio de la AP, y durante toda ella por tener la categoría de un procedimiento penal, conforme con el artículo 1 fracción I del CFPP.

La disposición de que los agraviados por el delito tengan derecho a conocer tanto sus GI otorgadas por la Constitución, en calidad de tales, como de todo lo que acontezca mientras se desarrolla el procedimiento, no sólo encuentra su fundamento en la fracción I del apartado "B)" del artículo 20 de la CPEUM en estudio, sino en el propio artículo 6 constitucional, y más recientemente en la ley reglamentaria del mismo.

---

<sup>83</sup> DOF. Agosto 11 de 2004. 1ª Sección.

**ARTÍCULO 6.-** “La manifestación de las ideas [...]; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.<sup>84</sup>

Para el doctor Miguel Carbonell,<sup>85</sup> el derecho a la información se ubica entre los derechos de seguridad jurídica porque “supone más un instrumento de certeza que el ejercicio de una libertad”. El derecho a obtener información “no es una mera posibilidad de actuar libre de interferencias sino que requiere una serie de medidas de carácter positivo por parte del Estado y los particulares, para poder realizarse”.

La finalidad de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, es “proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información que posean los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal”.

Se propone vincular ésta ley al CFPP para establecer mecanismos oficiosos para que tanto agraviados como inculcados reciban toda la información que requieran de la AP como prerrogativa, incluido el otorgamiento inmediato de copias, con independencia de que se llegue o no a ejercitar acción penal.

El artículo 3 fracción XIV de la Ley de Transparencia, considera a la PGR como sujeto obligado; el artículo 5 dispone su observancia obligatoria para los servidores públicos federales; y, el numeral 6, que en su interpretación se deberá favorecer el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados. En seguida se transcribe el primer artículo invocado:

**ARTÍCULO 3.-** “Para los efectos de este ley se entenderá por:

**FRACCIÓN XIV.-** “Sujetos obligados:

**INCISO a).-** “El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la PGR”

[..]

Por tanto, el MPF, al ser un servidor público federal, perteneciente a la Administración Pública Federal, específicamente a la PGR, está obligado a dar información en los términos de la Ley de Transparencia. No hay duda de ello. Aunque claro, siempre y cuando la misma ley no considere “reservada” la información que se solicite por estar en alguna de las excepciones previstas en los artículos 13 y 14 de la misma ley.

En el caso del tema estudiado en este capítulo, como la información atañe primordialmente a los agraviados por el delito, es imprescindible su conocimiento para poder participar exitosamente en la investigación realizando una efectiva coadyuvancia (de la que se tratará más adelante).

---

<sup>84</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. Tomo I. Artículos 1 a 29. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003. Art. 6. p. 120.

<sup>85</sup> Carbonell, Miguel. *Op. Cit.* Nota # 55, p. 591.



¿Cuál es la razón para que se proporcionen todos los informes concernientes al expediente, incluyendo la explicación de sus prerrogativas? Obviamente, garantizar seguridad jurídica al afectado, para que pueda exigir y ejercer plenamente estos derechos con conocimiento de causa, además de lograr el ejercicio de la acción penal, la comprobación legal de los daños y perjuicios sufridos, y por tanto su próxima reparación.

El doctor Zamora Grant estima que como la afectación de la víctima no acaba cuando concluyen los efectos del delito, el retraso en los procedimientos se une a la falta de comunicación con los operadores del sistema que padece, lo que indudablemente reafirmará su condición de víctima:

*“La dilación en la integración de las AP aunado al desconocimiento de la víctima de su derecho a exigir respuesta pronta, información y, sobretudo, a ser tratado con dignidad, colocan desde el principio a la víctima en una situación de inferioridad, la cual difícilmente superará”.*<sup>86</sup>

Ahora bien, un aspecto controvertido es la obtención de copias simples o certificadas de todas las actuaciones que peticionen los agraviados por el delito.

¿La recepción de información comprende también la expedición de copias? Se considera que así es, al sustentarse en los artículos 16 párrafo segundo y 25 párrafo segundo del CFPP, como disposiciones de ley secundaria que amplían la GI permitiendo sacar copia al inculpado, su defensor, la víctima, el ofendido y su representante legal, por estar legitimados en la AP para ello.

**ARTÍCULO 16 [...] PÁRRAFO SEGUNDO.-** *“A las actuaciones de AP sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda”.*

**ARTÍCULO 25 [...] PÁRRAFO SEGUNDO.-** *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, para sacar copia de algún auto o diligencia se requiere resolución del ministerio público o del tribunal, en su caso, que solo se dictará en favor de las personas legitimadas en el procedimiento para obtener dichos documentos”.*

El quebranto de la reserva a que se refiere la parte final del párrafo segundo del artículo 16 del CFPP, no impide la expedición de copias al ofendido, como con acierto lo interpretó el Primer Tribunal Colegiado del 9º Circuito, en la tesis número IX.1º.23 P,<sup>87</sup> que entiende la proscripción como entrega indebida, es decir, a personas distintas de las señaladas en la primera parte del mismo párrafo y artículo señalados.

---

<sup>86</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, p. 144.

<sup>87</sup> La tesis no deja lugar a dudas, y además nos parece debidamente razonada: **“AVERIGUACIÓN PREVIA. SU ACCESO POR PARTE LEGÍTIMA, IMPLICA EL DERECHO A QUE SE LE EXPIDAN COPIAS CERTIFICADAS.- Una correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 16 del CFPP, permite concluir que la expresión acceso a las actuaciones de la AP, contenida en su primera parte, conlleva el derecho a que se expidan copias certificadas de las mismas a las personas con derecho a ello, como son el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido**

En consonancia con este criterio judicial está el artículo 63 de la abrogada LOPGR de 1996 (lamentablemente no incluido en la actual ley orgánica), el cual según el artículo 2º transitorio del decreto publicado en el DOF de diciembre 27 de 2002, está vigente por no oponerse a ningún precepto de la nueva LOPGR, por lo que la expedición de copias se extiende expresamente a quienes tengan interés jurídico.<sup>88</sup>

El fundamento comentado permite al MPF expedir copias certificadas de constancias o registros que obren en su poder en 2 casos: Por mandamiento fundado y motivado de autoridad competente; y, cuando lo solicite el denunciante o el querellante, la víctima o el ofendido.

Este derecho de los agraviados por el delito lo confirma el Primer Tribunal Colegiado del 14º Circuito,<sup>89</sup> al señalar que basta que tengan el carácter indicado sin mayor condición o requisito para considerarse legitimados en la AP y les sean expedidas copias del expediente; y tratándose de personas ajenas sólo se les expedirán si acreditan su interés jurídico para ejercitar un derecho o cumplir una obligación.

La obtención de copias en la AP se funda propiamente en los artículos quinto fracción VI y séptimo párrafo segundo del acuerdo número A/018/01, del titular de la PGR, donde “se establecen los lineamientos que deberán seguir los agentes del MPF respecto a las garantías de las víctimas u ofendidos por los delitos”:<sup>90</sup>

---

*y/o su representante legal y la correspondiente obligación por parte del ministerio público de expedirlas; habida cuenta de que si bien la segunda parte de dicho párrafo prohíbe su expedición y establece sanciones administrativas o penales al servidor público que lo haga, tal proscripción debe entenderse referida a su entrega indebida, esto es, a personas distintas de las señaladas en la primera parte, ya que si el legislador hubiera querido establecer una prohibición total, así lo hubiera determinado”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tesis número IX.1º.23 P, tomo XV, enero 2002, Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. p. 1261. Amparo en Revisión 13/2000. 27 de enero de 2000. Unanimidad de Votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Juan Guillermo Alanís Sánchez. Y Amparo en Revisión 392/2001. 14 de noviembre de 2001. Unanimidad de Votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Juan Guillermo Alanís Sánchez. Mediante Ejecutoria de septiembre 18 de 2002, la Primera Sala de la SCJN declaró inexistente la contradicción de tesis número 3/2002 en que había participado el referido criterio.*

<sup>88</sup> ARTÍCULO 63.- *“El MPF podrá expedir copias certificadas de constancias o registros que obren en su poder, cuando exista mandamiento de autoridad competente que funde y motive su requerimiento o cuando lo soliciten el denunciante o el querellante, la víctima o el ofendido, el indiciado o su defensor y quienes tengan interés jurídico, para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones previstos por la ley”. Agenda Penal Federal. Compendio de Leyes Penales Federales. Ley Orgánica de la Procuraduría de la República. Artículo 63. Ediciones Fiscales ISEF. 5ª edición. México, D.F. Enero de 2000. p 26.*

<sup>89</sup> *“MPF, EXPEDICIÓN DE CONSTANCIAS POR EL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 63 DE LA LOPGR).- Conforme a lo establecido en el artículo 63 de la LOPGR, el MPF podrá expedir copias certificadas de constancias o registros que obren en su poder, cuando exista mandamiento de autoridad competente que funde y motive su requerimiento o cuando lo soliciten el denunciante o el querellante, la víctima o el ofendido, el indiciado o su defensor y quienes tengan interés jurídico, para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones previstos por la ley; ahora bien, de una correcta intelección de dicho artículo se desprende que el mismo no debe interpretarse en forma genérica, sino que de acuerdo a una parte de su texto, el ministerio público habrá de expedir copias certificadas de constancias cuando lo soliciten el denunciante o el querellante, la víctima o el ofendido, el indiciado o su defensor, sin que para ellos se establezca condición o requisito alguno, pues basta que tengan el carácter indicado, para que se les considere legitimados en la averiguación y se les expidan las copias; caso distinto a cuando quien solicita tal expedición de copias no es ninguna de las personas indicadas, a quienes sólo se les extenderá tal material documental si demuestran fehacientemente su interés jurídico, ya para el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación prevista por la ley”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XI, abril 2000, tesis número XIV.1º.9 P. Primer Tribunal Colegiado del 14º Circuito. p. 967. Amparo en revisión 789/97. Mayo 21 de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Juliana Martínez Cerda. Amparo en revisión 40/99. Noviembre 5 de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Jesús Hernández Moreno. Secretario: Roger Baquedano López.*

<sup>90</sup> Publicado en el DOF de Marzo 30 de 2001.

**ARTÍCULO QUINTO.-** *“El agente del MPF en todo momento deberá:*

**FRACCIÓN VI.-** *“Proporcionar en forma gratuita copia simple de la denuncia o querrela ratificada, que formule la víctima u ofendido”.*

**ARTÍCULO SÉPTIMO.-** *“El agente del MPF deberá informar a la víctima u ofendido sobre el estado de la AP, y en su caso del proceso.*

**PÁRRAFO SEGUNDO.-** *“La víctima u ofendido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del CFPP, tendrá acceso al expediente de la AP, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo octavo del presente acuerdo” [reserva del artículo 13 de la LFCDO]...*

Complementa lo anterior el artículo 4 fracción I apartado A) inciso ñ) con relación al 2º transitorio, ambos de la nueva LOPGR, que en materia de atribuciones ministeriales en la AP remite a las demás que determinen las normas aplicables, como lo es el CFPP.

Es increíble la cantidad de problemas que en la práctica ocasiona la obtención de copias. Los agraviados por el delito se enfrentan con frecuencia a una actitud renuente de muchos agentes del MPF que les dificultan o impiden la obtención de copia de los expedientes, bajo el subterfugio de un celoso sigilo que debe prevalecer en la investigación para su buen éxito, pretexto del cual se ha abusado.

Quizás no es fortuito que en la nueva LOPGR no se contemplara un artículo específico sobre la expedición de copias, como lo establecía el artículo 63 de la anterior ley publicada en el DOF del 10 de mayo de 1996.

¿Será que el actuar ministerial es tan deficiente que se resguarda en la clandestinidad de sus propias actuaciones? ¿Entonces porqué no dar transparencia pública de su labor investigadora? El pretexto de preservar el factor sorpresa para evitar que el inculpado no se llegue a sustraer de la llamada “acción de la justicia”, no se puede aplicar por igual a los agraviados por el delito.

De lo antes expuesto se pueden obtener, las siguientes conclusiones parciales:

- El derecho a tener acceso a las actuaciones de la AP, conlleva el derecho de expedición de copias simples o certificadas a las personas con derecho a ello.
- Tradicionalmente, por “sigilo”, el MPF ha considerado prohibido entregar copia a las partes de su actuación en los expedientes de AP, sin que exista ninguna disposición legal en que sustentarse.
- A pesar de las oposiciones injustificadas del MPF, en la actualidad existen los siguientes fundamentos legales que hacen posible que el agraviado y el inculpado puedan recabar copia de autos o diligencias de la AP: los artículos 16 párrafo segundo y 25 párrafo segundo del CFPP; el artículo 63 de la LOPGR de 1996 con relación al artículo 2º transitorio de la actual ley de

diciembre 27 de 2002; y, los artículos quinto fracción VI y séptimo párrafo segundo del acuerdo del titular de la PGR número A/018/01.

- Para que las personas legitimadas puedan sacar copia de las actuaciones de la AP, previamente se requiere que se emita una resolución por parte del MPF.
- Las personas legitimadas en cuyo favor únicamente se dictará tal resolución son: el inculpado, su defensor, la víctima, el ofendido y su representante legal.
- Los agraviados por el delito al tener acceso a la AP están legitimados para conseguir copias del expediente.
- Lo más seguro es que se requiera promover un juicio de garantías para obligar al MPF renuente a entregar las copias. Y
- Solamente habrá responsabilidad cuando se proporcionen copias del expediente indebidamente.

### 3. Tercera garantía: Obtener la reparación del daño.

La fracción IV del apartado "B)" del artículo 20 constitucional que impone, al ministerio público, por un lado, el deber de solicitar la reparación del daño causado (cuando sea procedente), y, por el otro, al juez la obligación de no absolver si se trata de sentencia condenatoria, ha quedado también marginada de la AP, dado el momento procesal para su obtención:

#### ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...]

*FRACCIÓN IV.- "Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.*

*"La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño".*

Además, la ley fundamental, en materia de reparación del daño no comprende expresamente el "moral" ni los perjuicios, es decir, los deja fuera. Con la salvedad del párrafo segundo de la fracción I del apartado "A)" del artículo 20 constitucional, en lo relativo a la forma y monto de la caución que otorgará el inculpado para obtener su libertad provisional. Es entonces la ley sustantiva penal federal la que describe lo que comprende dicha reparación, como se verá más adelante.

El artículo 141 del CFPP ni siquiera contempla el derecho de los agraviados por el delito a la reparación del daño. Su penúltimo párrafo únicamente lo menciona, con motivo de los datos o pruebas que podrán proporcionarle al MPF o al juez, directamente o por medio de aquél, para acreditar los elementos del tipo penal, la responsabilidad (probable o plena) del inculpado y el monto de la reparación del daño.

Como se señaló, la fracción I del apartado "A", del artículo 20 de la CPEUM, exige que la caución garantice al ofendido los daños y perjuicios (desde la reforma de 1984), para la libertad provisional del inculpado. Así, una norma que estatuye los derechos de la parte con interés opuesto al de los agraviados por el delito es la que se ocupa de garantizar los posibles perjuicios.

El artículo 20 constitucional evolucionó desde su redacción original de 1917, que permitía en todo juicio de carácter penal poner que al acusado en "libertad bajo fianza" hasta de 10 mil pesos (según sus circunstancias personales y la gravedad del delito imputado), inmediatamente que lo solicitara, siempre que el delito no mereciera una pena mayor de 5 años.

Posteriormente, por reforma publicada en el DOF de diciembre 2 de 1948, durante el sexenio de Miguel Alemán Valdez, se introdujo por primera vez el "termino medio aritmético" no mayor a 5 años de prisión

para que el juez fijara fianza por un monto no mayor de 250 mil pesos, salvo que representara beneficio económico para el autor del delito o causara un daño patrimonial a la víctima.

En enero 14 de 1985, a iniciativa de Miguel de la Madrid, el DOF publicó una segunda reforma a dicho numeral conforme con la cual el juez, al conceder o negar la libertad bajo caución, tomaría en cuenta las modalidades del delito. Además el monto de la caución sería en base al salario mínimo general vigente en el lugar de comisión del delito, con un límite hasta de 4 años. Asegurando la reparación de los daños o perjuicios con una garantía cuando menos 3 veces mayor a los causados y al beneficio obtenido.

Actualmente la reparación no sólo busca reprimir al condenado, pues según el artículo 30 del CPF (única ley que da detalles, según se ha mencionado), comprende además 3 aspectos: Restituir la cosa obtenida por el delito o el pago de su precio; indemnizar el daño material y moral causados, incluyendo el pago de tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y en caso de delitos sexuales y violencia familiar, los tratamientos psicoterapéuticos; y, resarcir los perjuicios ocasionados.

Por su parte, el artículo 42 del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en el DOF de septiembre 17 de 1999, resulta mucho más protector al incluir también el reestablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes del delito, los frutos y accesorios, así como el pago actualizado de salarios en caso de incapacidad laboral.

Una nueva visión del derecho suscita la conciencia de que los legisladores no deben abandonar a sus representados en estos momentos de tanta angustia.

La gente está aterrorizada sin poder salir a la calle a ninguna hora, donde ya ni siquiera en sus hogares pueden estar tranquilos ante los alarmantes índices de delincuencia. Si en el caso del “cobro” del daño material ha sido muy difícil obtener la reparación, es una realidad que no se puede esperar mejor suerte para el daño moral y los perjuicios.

En consecuencia, es imprescindible tutelar verdaderamente, tanto en el CPF como en el CFPP, los derechos de los agraviados por el delito y repararles el daño sin tener que esperar eternizados procedimientos para que se dicte sentencia, pues a pesar de que la CPEUM refiere que la ley fijará procedimientos ágiles en esta materia, la ciñe a la ejecución de la condena.

Ante ello, existe una corriente en México que propone regresar a la naturaleza de responsabilidad civil de la reparación del daño, con que el CPF de 1871 la preveía, olvidando que el Código de 1929 la convirtió en pena pública para evitar “dejar sola a la víctima” frente al fallo de un tribunal civil. Un caso peculiar está en el artículo 16 párrafo primero el Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, que

permite al ofendido intervenir en el resarcimiento, a pesar de que compete al ministerio público por ser pena pública:

*ARTÍCULO 16.- "El ofendido podrá ejercitar ante el juzgador penal la acción civil de reparación de daños y perjuicios ocasionados por el hecho sometido a esa jurisdicción. Cuando el ofendido no ejercite la acción, lo hará el ministerio público de oficio o a solicitud de aquél. La reclamación de daños y perjuicios se sustanciará como procedimiento especial [...]."<sup>91</sup>*

Los artículos 29 y 37 del citado CPF estipulan que la reparación del daño proveniente de delito se mandará hacer efectiva igual que la multa, es decir, mediante el "procedimiento económico coactivo", enviándose a la autoridad fiscal copia certificada de la sentencia condenatoria ejecutoriada. Ello debido a que se considera pena pública por el artículo 34 del CPF, y la exigirá el MPF, ante quien el ofendido (o sus derechohabientes) podrán aportar datos y pruebas para demostrar su procedencia y su monto.

---

<sup>91</sup> Legislación Penal Procesal para el Estado de Morelos. *Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos*. Publicado en el Diario Oficial "Tierra y Libertad" el 9 de octubre de 1996. Editorial SISTA. México, D.F. 2004. pp. 159 y 160.

Hay que aclarar, que si bien como está diseñado el actual marco legal, lógicamente no se podría pretender la obtención de la reparación del daño desde el procedimiento de AP, si es posible permitir que los agraviados por el delito realicen actos inclinados a dicha prestación desde un principio, en forma accesible, expedita y poco costosa, para así obligar al MPF a asegurarse de preparar la acción correspondiente.

Una modalidad de aplicación de ésta GI en la AP sería exigir a que el MPF de oficio recabara las pruebas necesarias para el éxito de la acción de reparación del daño, y no que se limitara a pedírsela al juez.

Por otra parte, además de que los agraviados por el delito tienen que esperar todo el tiempo que tarde el procedimiento penal para recibir los beneficios de la reparación del daño, otro problema consiste en que se encuentran con que el inculpado por lo general es insolvente. Por ello se plantea la posibilidad de que, en ciertos casos, el Estado, bajo determinadas reglas, pueda pagar la reparación, parcial o supletoriamente, de manera inmediata al agraviado, sobretodo cuando su salud física o mental resulte menoscabada.

Algunos sistemas latinoamericanos avanzados cuentan con fondos estatales para reparar el daño<sup>92</sup> cuando el delincuente resulte insolvente y la víctima se encuentre en estado de necesidad y urgencia a causa del delito. Así el Estado otorgaría la reparación subsidiariamente mientras se dicta sentencia firme, y recuperaría su pago exigiéndolo posteriormente al condenado, mediante las autoridades competentes.

Incluso se podría estatuir la reparación inmediata, desde la AP, al menos en forma provisional, mediante un “fondo” como el dispuesto en el artículo 41 del Código Penal para el Distrito Federal. Con ello, no se violentarían tampoco los derechos del inculpado, principalmente por lo que respecta al principio de “presunción de inocencia”, puesto que no se estaría prejuzgando, aunque existe la posición contraria.

El problema estriba en delimitar a cargo de quién debe estar esta prestación en tanto exista una sentencia condenatoria irrevocable, en qué casos primordialmente se otorgará, y en cómo evitar que la corrupción desvirtúe el pago subsidiario o provisional convirtiéndolo en negocio propio.

---

<sup>92</sup> La existencia de esta clase de fondos los recomienda la DPFVD en su PRINCIPIO 13.- *“Se fomentará el establecimiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecer otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido”.*



Al respecto se ha discutido la implantación de todo un sistema de justicia “retributiva” que garantice a los agraviados por el delito la reparación de sus bienes y derechos afectados, a través del trabajo del sentenciado, dejando de lado el modelo tradicional centrado en el castigo al delincuente.

Los artículos 30 fracción IV y 36 del Código Penal para el Distrito Federal prevén tal trabajo como pena autónoma o sustitutiva de la prisión o multa, consistente en prestar “servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas o empresas [...] bajo autoridad y vigilancia de la autoridad ejecutora”, en jornadas no humillantes ni degradantes fijadas por el juez, distintas a la fuente de subsistencia del sentenciado.

Se considera que esta medida vigente en el DF sería buena opción para obtener recursos para reparar el daño a los agraviados por el delito, siempre y cuando no funcione como pena autónoma sino como “beneficio sustitutivo” al que voluntariamente se acoja el inculpado, sin olvidar que la readaptación social debe ir aparejada de la restitución de los daños y perjuicios ocasionados.

Para la doctora Lima Malvido, la función represora del derecho penal debe ampliarse obligando al inculpado, como parte del tratamiento para su recuperación, a responder de forma preferente a la víctima, resarciéndole el daño, y tratando que quede con el menor trauma posible, a través de métodos de reconciliación extrajudicial y de compensación directa entre el inculpado y la víctima y su familia:

*“Una de las formas en que el delincuente aprendería a valorar el daño que causó su comportamiento sería acercarlo, cuando el caso lo permita, a su víctima, para que se responsabilice de la reparación”.*<sup>93</sup>

La llamada “justicia restaurativa” es aplicada en Londres, Inglaterra, a decir de la magistrada Emma Meza Fonseca,<sup>94</sup> a nivel juvenil, como método de readaptación social y medio alternativo de solución de conflictos, mediante la conciliación, donde un mediador técnico previamente entrevista, por separado, a la víctima del delito y a su autor, buscando su encuentro personal de diálogo y la obtención de un acuerdo:

*“Se busca que las personas que cometen crímenes recapaciten sobre lo que han hecho y busquen remediarlo [...]. El gobierno cree que dando a las víctimas su voz en el sistema de justicia criminal lograrán mejorarlo y obligar a los delincuentes a responsabilizarse de sus acciones y así detener su vida delictiva”.*

Finalmente, esta autora resalta que los agraviados por el delito evidentemente quedan más satisfechos con la justicia restaurativa que con los procedimientos de la Corte, al menos en cuanto a la reparación; además de que se logra “la re-socialización del delincuente al eximirlo de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la prisión”, gracias a su compromiso asumido con el agraviado con lo que tendrá la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad.

---

<sup>93</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, p. 17.

<sup>94</sup> Meza Fonseca, Emma. Artículo: “Una Visita por el Sistema de Justicia del Reino Unido”. *Revista Compromiso. Poder Judicial de la Federación*. Año 3. Número 39. México, D.F. Septiembre 2004. pp. 28 y 29.

Por su parte, la *Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal* en su búsqueda de que la reparación del daño sea una realidad, instrumentó un fondo en donde se prevén beneficios y protección económica provisional a los afectados a través de un fideicomiso.

En el caso de la AP federal, el artículo 4 fracción I, apartado "C)" inciso "f)" de la LOPGR<sup>95</sup> solamente señala que corresponde al MPF solicitar la reparación del daño, cuando "proceda", sin precisar en que etapa, por lo que se infiere que durante el proceso.

La satisfacción de esta GI, lógicamente, no se puede obtener hasta la ejecución de sentencia firme, sin embargo, como se ha propuesto puede ser ejercida desde la AP en la medida que el MPF realice actos tendientes a su demostración plena desde ese momento.

Además el pago de la reparación (o garantía del mismo) conforme a los artículos 76, 84 fracción III y 90 fracción II inciso "e)" del CPF, es requisito para el acceso del inculpado a los beneficios de sustitución y conmutación de sanciones, libertad preparatoria y condena condicional. Y es preferente sobre cualquier otra obligación posterior al delito, e incluso sobre la multa, con excepción de alimentos en materia civil y las derivadas de relaciones laborales.

Es laudable que la Constitución conciba inseparables las condenas a la pena y a la reparación del daño. Sin embargo, los artículos 31 *bis* del CPF y 44 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal no lo contemplan así todavía, ya que únicamente obligan al juez a "resolver lo conducente".

---

<sup>95</sup> ARTÍCULO 4.- *"Corresponde al MPF: FRACCIÓN I.- "Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende: APARTADO C).- "En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito: INCISO f).- "Solicitar a la autoridad judicial, en los casos en que sea procedente, la reparación del daño".*

Sin embargo, si el MPF desde la AP no preparó su acreditación, y durante el proceso no aportó las pruebas necesarias, el juez no tendrá bases ciertas para fijar una cantidad líquida, y el fallo será legal pero injusto para los agraviados por el delito y para el sentenciado.

Entre los postulados internacionales<sup>96</sup> de la DPFVD, que equivalen a la GI de la reparación del daño, destaca la prontitud, la oficiosidad, el resarcimiento, el reembolso, la restitución, la posibilidad y el establecimiento de fondos para la indemnización.

La experiencia ha demostrado las dificultades para que el MPF realice funciones de auténtica restitución, debido a que se concreta a perseguir delitos en representación de “los intereses de la sociedad”, sin que ello disculpe que la reparación no se haga efectiva por defectos en las pruebas ni por omisiones propias.

Como lo más importante es que la indemnización llegue a los agraviados por el delito en el menor tiempo y en un monto que satisfaga ampliamente el daño originado, la falta de documentos comprobatorios de los gastos efectuados o a efectuarse a consecuencia del delito, debe substituirse con dictámenes periciales en materia de tasación, que el MPF puede acreditar con peritos oficiales de la misma Procuraduría.

La responsabilidad constitucional de que el fiscal solicite la reparación se debe entender, como se ha mencionado, en sentido amplio, sin concretarse a una petición (muchas veces sin sustento) en su pliego de conclusiones, sino efectuando desde la AP actos encaminados a comprobarla y obtenerla legalmente.

---

<sup>96</sup> PRINCIPIO 4.- *“Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.*

PRINCIPIO 5.- *“Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener la reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”.*

PRINCIPIO 8.- *“Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación y la restitución de derechos”.*

PRINCIPIO 9.- *“Los Gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentos y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales”.*

PRINCIPIO 12.- *“Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: INCISO a).- “A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves”. INCISO b).- “A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física y mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización”.*

PRINCIPIO 13.- [Cfr. Nota # 92.]. Lima Malvido, María de la Luz. Op. Cit. Nota # 11, Anexo 1, pp. 162 a 164.

Los artículos 136 fracción III, 38 párrafo primero y 135 párrafo segundo del CFPP prevén el aseguramiento precautorio, la restitución provisional<sup>97</sup> y la fijación de garantía para la posible reparación desde la libertad caucional del inculpado.<sup>98</sup> No obstante, el MPF pocas veces emplea estas herramientas legales en forma correcta, a pesar de que su instrumentación es obligada según el artículo 2 fracciones III, VI y IX del CFPP.

En cuanto al aseguramiento,<sup>99</sup> por ejemplo, el MPF deberá solicitarlo en su determinación al ejercitar acción penal. No obstante, el artículo 149 párrafo primero del CFPP faculta no sólo al órgano investigador, sino al ofendido (o a sus legítimos representantes) a pedir al juez, en la instrucción, el embargo precautorio de bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios.

De manera más específica el ya citado acuerdo A/018/01, en sus artículos décimo cuarto y décimo quinto fracciones I y II,<sup>100</sup> obliga al MPF en la AP, a practicar los actos conducentes a acreditar el monto de la reparación y a restituir al agraviado en sus derechos.

En la AP los mecanismos tendientes a obtener la futura reparación del daño son inoperantes. De ahí que también se proponga la mediación y composición previas.<sup>101</sup> Sin embargo, un inconveniente de éstas medidas es que al aceptarse el acuerdo por el inculpado, también se estaría aceptando con ello su culpabilidad, rompiendo con el “principio de presunción de inocencia”.

La fracción X del artículo 2 del CFPP faculta al MPF en la AP a promover la conciliación de las partes “en caso procedente”, sin esclarecer cuándo será “procedente”. Sin embargo, en la práctica ésta atribución es deficiente, poco usada, y dirigida a evitar incrementos de carga de trabajo y no a una verdadera avenencia.

---

<sup>97</sup> ARTÍCULO 38.- “Cuando en las actuaciones esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlo en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados” [...].

<sup>98</sup> ARTÍCULO 135, PÁRRAFO SEGUNDO.- [...] “El ministerio público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la Justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos” [...].

<sup>99</sup> ARTÍCULO 136.- “En ejercicio de la acción penal corresponde al ministerio público: FRACCIÓN III.- “Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño”.

<sup>100</sup> ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO.- “El MPF, durante la AP, deberá practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes para la acreditación del monto de la reparación del daño”.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO.- “Para efectos de la reparación del daño, los agentes del MPF, en los casos en que sea procedente deberán: FRACCIÓN I.- “Durante la AP, asegurar o restituir a la víctima u ofendido en sus derechos [en términos del artículo 38 del CFPP]; FRACCIÓN II.- “En el pliego de consignación, señalar los elementos que obren en la AP tendientes a acreditar el monto de la reparación del daño a la víctima u ofendido, a fin de que sean valorados por la autoridad para fijar la caución en caso de [otorgarse] la libertad provisional” [...].

<sup>101</sup> *Supra*. Capítulo I, pp. 75 y 76.

#### **4. Cuarta garantía: Careo voluntario con menores víctimas de violación o secuestro.**

Otra GI excluida tácitamente de la AP es la consagrada en la fracción V del apartado “B” del artículo 20 de la CPEUM, que a la vez es una restricción a la garantía del inculpado de carearse con quienes depongan en su contra, en función de ésta GI de la víctima (menor de edad), de delitos de violación o secuestro, para no estar obligados a participar en el desahogo de tal actuación:

##### **ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...]**

**FRACCIÓN V.-** *“Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley”.*

En primer lugar hay que determinar si los careos proceden en la AP. Tal prueba, en principio, pareciera estar reservada al proceso penal, ya que el último párrafo del apartado “A” del artículo 20 de la CPEUM deja fuera la fracción IV del mismo apartado que la contiene. No obstante, se considera legalmente posible que sean ofrecidos y desahogados como prueba de descargo en la AP ante el MPF, hasta donde se acarrea la referida limitante a favor de la víctima.<sup>102</sup>

La misma ley adjetiva federal amplía la procedencia del careo en la indagatoria ministerial, puesto que el artículo 132 del CFPP dispone que en la práctica de diligencias de AP se aplicarán “en lo conducente” las disposiciones del mencionado título sexto; y los careos están regulados precisamente en el capítulo VII de dicho título del mismo CFPP, concretamente en los numerales 265<sup>103</sup> al 268.

---

<sup>102</sup> Desde que se adicionó ésta fracción en la reforma de septiembre 21 de 2000, ha quedado de la siguiente manera: *“En todo proceso de orden penal [...] el inculpado tendrá las siguientes garantías: Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo”.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. *Op. Cit.* Nota # 84, Fracción IV del apartado “A” del artículo 20 constitucional, p. 310.

<sup>103</sup> Este artículo aclara que salvo los llamados careos constitucionales, previstos en el artículo 20 fracción IV (ahora en su apartado “A”, aunque el texto del artículo no se ha adecuado a la reforma constitucional), solamente puede haber careos (procesales) si los solicita el inculpado o su defensor, cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de 2 personas.

Careo significa enfrentar a una persona cara a cara con otra, para esclarecer cual de los 2 miente, por ello constituye un medio de prueba en el proceso penal, pero también puede desahogarse en la AP, como se ha mencionado, conforme con una tesis aislada<sup>104</sup> del 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito que considera que los careos que practique el ministerio público no **invaden** la esfera judicial, partiendo de la regla de la admisión de cualquier prueba no contraria a derecho.

Una vez establecido que legalmente puede desahogarse el careo durante la AP hay que puntualizar que constitucionalmente<sup>105</sup> se consideran menores de edad en todo el país, a quienes tengan menos de 18 años, y por tanto no tienen obligación de carearse si fueron víctimas de violación o secuestro.

Sin duda, es indispensable que la autoridad procure seguridad a los menores de edad que por haber sido victimizados en tan reprochable forma, se encuentren en un estado de vulnerabilidad, para evitar que sufran todavía más daños emocionales durante la secuela procesal para condenar a sus agresores.

Así el artículo 4 fracción I, apartado "C)", inciso "g)", de la LOPGR<sup>106</sup> hace posible que el MPF evite el careo del menor en ejercicio de ésta GI, al informarle que no tiene obligación de participar en el.

Es valido, por lo tanto, que las víctimas evadan al careo, no sólo por la desagradable experiencia de volver a ver al agresor, sino por verdaderos motivos de seguridad personal y familiar.

No obstante, con tal de evitar la amenaza muchos prefieren engrosar la "cifra negra" no denunciando por temor, o para evitar las molestias del procedimiento y la indolencia de las autoridades.

Se coincide con el doctor Sergio García Ramírez<sup>107</sup> en que es insuficiente librar a un menor de la terrible experiencia de carearse con quien probablemente lo violó o secuestró, debido a que estos 2 delitos no

---

<sup>104</sup> "CAREOS PRACTICADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO. NO INVADEN LA ESFERA JUDICIAL.- *El ministerio público está facultado para practicar las diligencias de AP que sean urgentes, en términos del artículo 23 de la LOPGR, y si a fin de averiguar la verdad, practica careos, esto no implica invasión a la esfera del poder judicial, puesto que los careos que practica el representante social son para esclarecer los hechos y así determinar el ejercicio de la acción penal, aportando a la autoridad judicial las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados en términos de lo dispuesto por el artículo 136 fracción IV del CFPP; además, de conformidad con el artículo 206 del mismo ordenamiento legal invocado, son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a derecho, independientemente de que durante el proceso se dé cabal cumplimiento a lo establecido por la fracción IV del artículo 20 constitucional". Semanario Judicial de la Federación, 8ª época, tomo XIV, julio 1994. p. 483. 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito. Amparo Directo 355/87. Soledad García Alcalá. Junio 2 de 1988. Unanimidad de Votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Patlán Origel.*

<sup>105</sup> En marzo 12 de 2006, entró en vigor la reforma al artículo 18 párrafos cuarto, quinto y sexto constitucional, publicada en la primera sección del DOF de diciembre 12 de 2005, por la que se establece un sistema de justicia integral aplicable a quienes tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, así como la creación de leyes, instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. *Supra*. Nota # 8.

<sup>106</sup> ARTÍCULO 4.- "Corresponde al MPF: FRACCIÓN I.- "Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende: APARTADO C).- "En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito: INCISO g).- "Informar a la víctima o al ofendido menor de edad, que no esta obligado a carearse con el inculcado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, las declaraciones respectivas se efectuarán conforme lo establezcan las disposiciones aplicables".

<sup>107</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario. García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 14, p. 323.

son los únicos que conllevan una presión psicológica intensa. Más no en que la exclusión del careo afecte “el hallazgo de la verdad”, ya que la experiencia ha demostrado su limitada eficacia probatoria en juicio.

Sólo para comparar, en el caso del CPPDF, su artículo 229 extiende la protección a los delitos graves con violencia física, aunque siempre limitada a las víctimas y testigos menores de edad, por lo que a petición de parte el careo puede efectuarse sin confrontación física en recintos separados y con apoyo en algún medio audiovisual para que el procesado pueda cuestionarlos.

Esta modalidad, al igual que la del careo “supletorio”, consideramos que desvirtúa su verdadera esencia, puesto que solamente al estar frente a frente quienes emitieron declaraciones contradictorias se pueden apreciar sus reacciones, para que la autoridad esté en posibilidad de conocer la verdad histórica.

Además, el uso de alguna cámara o medio electrónico pudiera ser igual de traumático para algunos menores, salvo la Cámara de Gessell que en algunos países se usa en diligencias de identificación sin enfrentar cara a cara a la víctima con el victimario. Aunque una cosa es el careo y otra la identificación.

El artículo décimo séptimo del multireferido<sup>108</sup> acuerdo A/018/01 del Procurador, pormenoriza lo que el MPF debe hacer en estos supuestos, que aunque se enfocan al proceso, por los motivos ya señalados, también son aplicables a la AP. Entre estos deberes aparece que una vez informado su derecho a la víctima se presente la oposición al careo para que las declaraciones se efectúen como “establezca la ley”. De este modo, la única obligación del MPF queda limitada a informar la GI en estudio, y sólo irá más allá si la víctima se acoge a la misma, en cuyo caso formulará la oposición ante el juez del conocimiento del asunto.

De la redacción de ésta GI se vislumbra que si la víctima menor de edad acepta el careo por sí mismo, o a través de su representante, tal prueba podría presentarse sin vulnerar su derecho a no estar obligado a carearse, es decir, no se trata de una prohibición. Así lo confirma el referido artículo décimo séptimo del acuerdo del titular de la PGR, el cual es muestra de la manera como la interpretación “no judicial” de la CPEUM va deformando la aplicación de garantías.

En el caso concreto, para impedir el careo se crea la exigencia de que los agraviados por el delito tengan que acogerse previamente al beneficio, con lo que se exige a la autoridad (no sólo ministerial sino

---

<sup>108</sup> ARTÍCULO DECIMOSÉPTIMO.- *“En caso de que el inculpado por los delitos de violación o secuestro solicite ser careado con la víctima u ofendido y éste sea menor de edad, el MPF deberá: FRACCIÓN I.- “Informar al representante legal de la víctima u ofendido de la garantía que le otorga el artículo 20 apartado “B)” fracción V de la CPEUM, en el sentido de no ser obligado a someterse al careo; FRACCIÓN II.- “Formular ante la autoridad judicial la oposición correspondiente con relación al desahogo del careo, en caso de que el representante legal de la víctima u ofendido se acoga al beneficio constitucional a que se refiere la fracción anterior; y FRACCIÓN III.- “En el supuesto [de] la fracción anterior, solicitar a la autoridad judicial que se lleven a cabo las declaraciones en las condiciones que establezca la ley”.* Publicado en el DOF de marzo 30 de 2001. Cfr. Cap. I, pp. 58,68 y 78.

judicial) del cumplimiento oficioso de la garantía. Desde una interpretación meramente literal, “no estar obligado” no significa que no habrá careos, sino que no podrán forzar a la víctima a tenerlos.

Hecha esta salvedad, se considera que las anteriores disposiciones en realidad sí tienden a hacer efectivo el derecho de este tipo de víctimas a negarse al careo, aunque la interpretación del precepto debe ser sistemática en pro de las víctimas, incluyéndolo como caso de excepción en la GI del inculpado a carearse (artículo 20 apartado “A” fracción IV constitucional).

Por tanto, se estima que el respeto de ésta y las demás GI no puede ser potestativo, sino forzoso para las autoridades, conforme al contenido del artículo 1 párrafo primero de la CPEUM, que otorga GI en el país a todo individuo, sin restricción ni suspensión sino en los casos que la misma Constitución establezca.

Por último cabe aclarar que en materia federal es poco frecuente que se lleven asuntos por delitos de violación y secuestro. En atención a ello, sería conveniente que el contenido del acuerdo se reprodujera en el seno de las Procuradurías de Justicia de los Estados, por ser en el fuero común donde más se conocen tales delitos. Pues en la PGR son contadas las ocasiones de su aplicación.



## 5. Quinta garantía: Solicitar seguridad y auxilio.

La última GI excluida de la AP, de manera tácita o por omisión legal, la contempla la fracción VI (del apartado constitucional en estudio) relativa a las medidas y providencias previstas en la ley secundaria para su seguridad y auxilio.<sup>109</sup> Tal fracción además de no ser del todo clara, le impone a los agraviados por el delito el requisito de que las soliciten:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...].

FRACCIÓN VI.- *“Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio”.*

Atendiendo al texto de la CPEUM, en realidad el derecho se concreta a solicitar, más no a recibir invariablemente éste tipo de medidas, es decir, si bien la solicitud constituye una exigencia, al mismo tiempo es el ejercicio de la GI, y conlleva un acto de autoridad que responda a esa petición. Esto significa que el MPF no necesariamente proporcionará las medidas en todos los casos.

Para el doctor Zamora Grant,<sup>110</sup> esta GI presupone el derecho de petición exclusivo de los agraviados por el delito, y la obligación de las autoridades de acordar y atender favorablemente las medidas solicitadas para su protección y auxilio, como son las tendientes a la protección de:

*“su salud y de su integridad o la de sus familiares y amigos involucrados; [...] sus bienes y posesiones afectados por el delito y susceptibles de afectarse; [...] sus testigos; a garantizar la restitución de la cosa obtenida o dañada por el delito o el pago de su valor, la indemnización del [daño] material o moral causado y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados”.*

El derecho de petición, asociado a la GI de nuestro análisis se consagra en el artículo 8 constitucional, el cual en seguida se reproduce:

ARTÍCULO 8 CONSTITUCIONAL.- *“Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.*

*“A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.*<sup>111</sup>

En este caso para que el MPF como empleado público, esté obligado a emitir un acuerdo escrito, y a darlo a conocer a los agraviados por el delito, respecto de su solicitud de medidas de seguridad y auxilio, se requiere, en términos de esta GI, que la petición se haya efectuado por escrito, pacífica y respetuosamente.

<sup>109</sup> *Supra*. Cap. I, pp. 38 y ss, 47 y 48, con relación al artículo 123 del CFPP.

<sup>110</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, p. 157.

<sup>111</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Op. Cit.* Nota # 84, p. 142.

Haciendo un paréntesis, debe aclararse que al estigmatizar con el calificativo de “excluidas” a las GI antes analizadas, de las cuales la estudiada en este apartado es la última, no es de ninguna manera aceptable que no se apliquen durante la AP, ni tampoco que se considere que en realidad tengan el carácter de marginadas en ese procedimiento inicial.

Por el contrario, únicamente se plantea la posibilidad de que al no estar expresamente contemplada su obligatoriedad desde el momento de la investigación ministerial, se cuestione su observancia cuando así convenga. Aunque donde la ley no distingue no debe hacerlo la autoridad.

En nuestra opinión, conforme al “principio de legalidad” aducido debe respetarse la totalidad del apartado “B” del artículo 20 de la CPEUM, sin que se considere relevante el procedimiento penal federal de que se trate, sobretodo porque la ley secundaria dispone en el artículo 141 (del CFPP) que tales derechos los tendrán los agraviados por el delito, en todo procedimiento. Y si la AP es un procedimiento, luego entonces estos derechos pueden ser ejercidos desde la misma.

En el caso concreto de la GI a estudio, la duda es disipada por el artículo 4 fracción I apartado “C)” inciso “c)” de la propia LOPGR<sup>112</sup> con la atribución del MPF para facilitar la identificación del responsable y evitar que peligre la integridad de las víctimas.

El anonimato en los medios de comunicación como protección no sólo de la intimidad de los agraviados por el delito, sino también de su integridad física y la de su familia y testigos, para salvaguardarlos de posibles represalias, como se previó en los casos de delincuencia organizada, debe ser una prerrogativa en todo tipo de delitos donde se justifique la medida.

Por tanto, se debe garantizar un trato digno y respetuoso por parte de la prensa, que en ocasiones produce mayor victimización, por lo cual el manejo de la información en los medios de comunicación debe ser confidencial, evitando que los datos se manejen en forma “amarillista”, buscando el equilibrio entre esta GI con el derecho a la información y la libertad de expresión.

Sobre el particular el principio 6 inciso d) de la DPFVD<sup>113</sup> contiene el equivalente a la GI de seguridad y auxilio a los agraviados por el delito, que se presenta abarcando también a su familia y testigos.

---

<sup>112</sup> ARTÍCULO 4.- *“Corresponde al MPF: FRACCIÓN I.- “Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende: APARTADO C).- “En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito: INCISO c).- “Otorgar las facilidades para identificar al probable responsable y, en los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, privación ilegal de la libertad, o cuando así lo considere procedente, dictar todas las medidas necesarias para evitar que se ponga en peligro la integridad física y psicológica de la víctima u ofendido”.*

<sup>113</sup> PRINCIPIO 6.- *“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: INCISO d).- “Adoptando medidas para indemnizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia”.* Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, pp. 162 y 163.

De lo antes revisado se aprecia que la LOPGR limita el dictado de todas las medidas necesarias para evitar poner en peligro la integridad física y psicológica de los agraviados por el delito, a 2 casos: que se trate de delitos sexuales o de privación ilegal de libertad; y, que el MPF así lo considere procedente.

En cambio la DPFVD las amplía al buscar que se indemnice a las víctimas por las molestias causadas, se proteja su intimidad “en caso necesario”, y se garantice no sólo su seguridad, sino la de su familia y testigos en su favor, contra cualquier represalia e intimidación.

Como la CPEUM no señala cuáles serán esas medidas y providencias “que la ley prevea”, y sólo remite a “la ley”, se colige que las mismas son las estipuladas en el CFPP, ya enumeradas anteriormente,<sup>114</sup> a las que se suman las previstas en los artículos 399 *bis* párrafo primero [con relación al 20 apartado “A)” fracción I, párrafo primero, parte final constitucional], 412 fracción III, 413 fracción I y 421 fracción III de dicho código adjetivo.

---

<sup>114</sup> *Supra*. Cap. I, pp. 47 y 48.

Estos numerales niegan la libertad caucional al inculpado (en delitos no graves) cuando el MPF demuestre al juez que existe “riesgo para el ofendido” o la sociedad; y prevén la revocación de dicho beneficio (con independencia de quién otorgue la caución), cuando el inculpado amenace al ofendido o a algún testigo.

Finalmente, en este caso el problema de la temporalidad vuelve a aparecer: desde qué momento y hasta cuándo se debe prestar la protección, pues el hecho de que el sentenciado en definitiva pase a cumplir la pena (incluso en un centro penitenciario de “alta seguridad”) no significa que se canceló el peligro, sobretodo si debido a la crisis y corrupción del sistema desde las cárceles<sup>115</sup> se planean distintos crímenes, como pudiera ser una venganza.

Puede haber casos en que la protección que se requiera para una persona sea vitalicia, lo que innegablemente implica enormes gastos para el erario público, y al mismo tiempo deja al descubierto la incapacidad del Estado para garantizar tranquilidad a sus habitantes en condiciones normales.

Como quiera que se vea, lo cierto es que las autoridades deben garantizar una protección plena, generalizada en principio y especial en estos casos, donde la seguridad y auxilio de los agraviados por el delito nos lleve necesariamente al ámbito de la seguridad jurídica, que debe satisfacerse desde la AP, y que además está relacionada con todas las demás garantías.

Para concluir, los artículos cuarto fracción I y quinto fracciones I, II y III, del acuerdo A/018/01 del titular de la PGR, fijan al MPF los lineamientos en materia de seguridad y auxilio a los agraviados por el delito en la AP,<sup>116</sup> los que inician con la toma de datos generales y cuidado de su integridad, el trato digno y respetuoso, y comprenden las facilidades para identificar al agresor y medidas para personas discapacitadas.

---

<sup>115</sup> *Supra*. Cap. I, p. 40, punto “6”.

<sup>116</sup> ARTÍCULO CUARTO.- *“Inmediatamente que la víctima o el ofendido por el delito se presente o comparezca ante el agente del MPF, éste deberá de practicar las diligencias siguientes: FRACCIÓN I.- “Tomar el nombre, domicilio, lugar y fecha de nacimiento, así como los demás datos generales de la víctima u ofendido cuidando en todo caso su seguridad” [...].*

ARTÍCULO QUINTO.- *“El MPF en todo momento deberá: FRACCIÓN I.- “Proporcionar a la víctima u ofendido un trato digno y respetuoso considerando, en su caso, la situación de vulnerabilidad física y emocional en que se encuentre; FRACCIÓN II.- “Darle todas las facilidades para identificar al probable responsable. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual o secuestro se dictarán todas las medidas necesarias para evitar que se ponga en peligro la integridad física y psicológica de la víctima u ofendido; FRACCIÓN III.- “Cuando se encuentren involucradas personas discapacitadas como víctimas u ofendidos del delito, se deberán prever las medidas conducentes para la práctica de las declaraciones y de las diligencias que sean procedentes, tomando en consideración la naturaleza de su discapacidad”.*

## C. Las garantías del artículo 20 apartado “B” constitucional aplicables desde el procedimiento de averiguación previa de manera expresa.

### 1. Primera garantía: Recepción de datos o pruebas.

En los siguientes segmentos se revisan cada una de las 4 GI de aplicación incuestionable a la AP, en el orden que el apartado “B” dispone, iniciando con la recepción de datos o pruebas:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...]

FRACCIÓN II.- *“Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la AP como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.*

*“Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.*

No se puede dudar que, hasta por razones prácticas, los agraviados por el delito, y sobretodo la víctima, constituyen una pieza clave fundamental para el buen éxito en la investigación del delito.

La fracción II (del apartado “B” del artículo 20 constitucional, en estudio) concerniente a la coadyuvancia con el ministerio público, implica la trilogía de derechos deducidos de la anterior cita: recepción de todos los datos o elementos de prueba; desahogo de diligencias; y, negativa al desahogo fundada y motivada. La separación se hace para efectos prácticos y didácticos, analizando en esta parte el primero de ellos.

El tema presenta grandes dificultades en la práctica, cuando los criterios de los agraviados por el delito, y particularmente los de sus representantes (habitualmente abogados), no coinciden con los del agente del MPF que lleva la investigación, y por tanto la coadyuvancia lejos de ser eficaz y efectiva es una carga a menudo tomada de pretexto para el entorpecimiento procesal de la AP, y del mismo proceso penal.

La doctora Olga Islas de González Mariscal recalca las limitaciones del derecho a la coadyuvancia, y la ausencia de una verdadera relación entre los agraviados por el delito y el ministerio público que en ocasiones actúa por su cuenta, sin proporcionarles ninguna información, y en otras:

*“su pasividad es tan acentuada que deja a la víctima en estado de indefensión o, en el mejor de los casos la víctima se ve obligada a buscar y proporcionar las pruebas al ministerio público.*

*“Si se maniat a la víctima y se le abandona al eventual e ineficiente desempeño del ministerio público, que vale la pena subrayarlo ha venido decayendo en el cumplimiento de su función hasta extremos de auténtica crisis de ineficiencia e ineficacia, la víctima quedó en total desamparo”.<sup>117</sup>*

---

<sup>117</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit. Nota # 58*, pp. 19 y 20.

La ley secundaria se queda corta en cuanto a los términos en que actualmente se desarrolla la coadyuvancia, la que ha tenido un papel meramente formal ante el “protagonismo” del MPF. Así el artículo 141 fracción II del CFPP (anterior a la reforma constitucional de 2000) se limita a señalar que los agraviados por el delito tendrán derecho a coadyuvar con esta institución, sin aclarar la forma en que se hará efectiva.

El penúltimo párrafo del artículo 141 del CFPP sólo refiere que se “podrán proporcionar” todos los datos y pruebas con que cuenten para acreditar los elementos del tipo penal, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En realidad los propósitos fundamentales de coadyuvar no pueden ser otros que lograr la reparación de daños (material y moral) y perjuicios, así como la sanción del responsable del delito. Por tanto, debe consistir en todos los actos necesarios, por pequeños que parezcan, para lograr lo anterior, por lo que el momento a partir del cual inicia la coadyuvancia, como ocurre con otros derechos, debe ser desde el primer contacto con la autoridad investigadora.

La LOPGR en su artículo 4 fracción I inciso b)<sup>118</sup> impone al MPF dentro de la investigación y persecución de los delitos federales, con relación a los agraviados por el delito la obligación de recibir las pruebas que aporte, como parte de la coadyuvancia, y a fundar y motivar la negativa a desahogarlas.

El principio 6, inciso “b)” de la DPFVD<sup>119</sup> contiene el equivalente a la GI de la coadyuvancia y la recepción de datos y pruebas de los agraviados por el delito, el cual busca la presentación, en etapas apropiadas, no únicamente de pruebas sino de sus opiniones y preocupaciones.

Esta figura de la coadyuvancia, implica también un apoyo para que precisamente los agraviados por el delito estén en posibilidad de cooperar con el MPF, puesto que de lo contrario sería inútil que se les recibieran datos o elementos de prueba con que cuenten, sin una orientación previa respecto de su relevancia y necesidad, ya que no en todos los casos se trata de ofendidos peritos en derecho.

---

<sup>118</sup> ARTÍCULO 4.- *“Corresponde al MPF: FRACCIÓN I.- “Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende: APARTADO C).- “En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito: INCISO b).- “Recibir todos los elementos de prueba que la víctima u ofendido le aporte en ejercicio de su derecho de coadyuvancia, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como para determinar, en su caso, la procedencia y monto de la reparación del daño. Cuando el MPF considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.*

<sup>119</sup> PRINCIPIO 6.- *“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: INCISO b).- “Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el Sistema Nacional de Justicia Penal correspondiente”. Lima Malvido, María de la Luz. Op. Cit. Nota # 11, Anexo 1, p. 162.*

Como la procuración de justicia es gratuita, y en nuestro caso la PGR es la responsable del pleno ejercicio de la coadyuvancia, y de la participación de los agraviados por el delito, éstos no están obligados a saber las consecuencias de las pruebas que pudieran recabar, ni tampoco a tener que pagar los honorarios de algún abogado, aún en el caso de que tuvieran los recursos para hacerlo.

La relación existente entre la coadyuvancia (aportación de datos, y ofrecimiento y desahogo de pruebas) y la información (de sus derechos y del expediente), se patentiza en la necesidad de que el agraviado tenga acceso a las actuaciones y participe en ellas, lo que a la vez va unido a la asesoría jurídica, de lo que dependerá una sentencia condenatoria y el logro de la reparación de los daños y perjuicios causados.

Todo como una especie de “círculo vicioso” donde si una parte del eslabón falla se afectan las demás. De ahí la importancia de ése derecho y la necesidad procesal de que sea ejercido desde un principio en la AP, pues de lo contrario las consecuencias serán desfavorables para el ofendido, que no recibirá restitución alguna o será, en el caso menos negativo, insuficiente.

Se ha discutido mucho sobre la necesidad de conceder igualdad procesal a quien estuvo en desventaja en el evento delictivo, como un derecho equivalente al otorgado al inculpado para intervenir por sí mismo o por medio de su defensor.

Acorde con la doctora Lima Malvido, no se quiere que sólo se les dé “ayuda humanitaria” a las víctimas, sino que desde el inicio de la AP se establezcan las relaciones de igualdad ante la ley necesarias para la solución real del conflicto, retomándoles su categoría de sujetos de derecho. Es decir, que de todas las prerrogativas otorgadas al inculpado deben darse al agraviado cuando menos las equivalentes.

En este sentido es importante resaltar que la tesis aislada número I.9º.P.8 P,<sup>120</sup> del 9º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, reitera el reconocimiento constitucional a los agraviados por el delito

---

<sup>120</sup> “OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000.- *El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el DOF [de septiembre 21 de 2000], en vigor desde el 21 de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el ministerio público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de 24 de abril de 1999) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del ministerio público dentro de la AP y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del juez como coadyuvante del ministerio público”.* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XVI, agosto 2002, 9º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Tesis aislada número: I.9º.P.8 P. p. 1337. Amparo Directo 569/2002. Marzo 15

de su carácter de partes y de su participación tanto en la AP como en el proceso mismo, sin necesidad de que el juez primero lo tenga que reconocer como coadyuvante del ministerio público.

Es acertado que la exposición de motivos (de 24 de abril de 1999), a la reforma al artículo 20 (apartado "B") de la CPEUM, faculte expresamente a los agraviados por el delito para instruir elementos de convicción.

Sólo así podrá colaborar en la acreditación del cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, además de la posibilidad de comparecer (por sí o a través de representante) en todo acto procesal a manifestar todo lo que a su derecho convenga; de que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con que cuente; que se practiquen las diligencias correspondientes; y que interponga los recursos o medios de defensa previstos en la ley adjetiva necesarios para tal fin.

Según el artículo 249 párrafo segundo del CFPP, los agraviados por el delito o sus representantes legales (al igual que el inculpado y su defensor) tienen derecho a interrogar a los testigos, lo que implica una forma de coadyuvancia. Por tanto, también podrían objetar preguntas "impertinentes o inconducentes". Este artículo lamentablemente no se respeta, a pesar de que está comprendido en el título sexto del CFPP y es aplicable en lo conducente a la AP, por mandato del artículo 132 de dicha ley adjetiva.<sup>121</sup>

En la práctica casi nunca se informa a los agraviados por el delito la fecha y hora del desahogo de alguna testimonial u otra prueba, para darles posibilidad de estar presentes. Tampoco se les da oportunidad de interrogar y objetar preguntas, labor que requiere de servicios profesionales, por lo que incluso estando presentes sólo cuando tengan dinero podrán tener representante legal particular.

Otro fundamento está en el artículo noveno del acuerdo A/018/01 del Procurador,<sup>122</sup> que reafirma el derecho de aportar datos o pruebas y la consiguiente obligación del MPF a recibir de los agraviados por el delito toda contribución documental o de otra índole, con lo que se deja sin efecto, al menos declarativamente, la desmedida práctica de examinar previamente si "conviene" recibir la denuncia, querrela, promoción, datos o pruebas de que se trate, como una especie de prerrevisión indefinida antes de acusar de recibido.

Con esta ilegal medida, se evita tener que responder en términos del artículo 8 de la CPEUM al agraviado, puesto que no es posible acreditar en caso de que se aduzcan violaciones a dicho precepto en un juicio

---

de 2002. Unanimidad de Votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Blanca Fuentes Sánchez.

<sup>121</sup> *Supra*. Cap. I, p. 79.

<sup>122</sup> ARTÍCULO NOVENO.- *"El MPF deberá recibir todos los elementos de prueba que la víctima u ofendido le aporten, en ejercicio de su derecho de coadyuvancia, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como para determinar, en su caso, la procedencia y monto de la reparación del daño"*.



de amparo (en adelante, JA) que se realizó la petición escrita y respetuosa correspondiente, pues ni siquiera se tuvo por recibida y no se devolvió acuse alguno al promoverse, y lógicamente en los libros de gobierno no se levantó ningún registro. La opción sería acompañarse de un notario público.

De esta forma muchos agentes del MPF evitan que sus cargas de trabajo se incrementen al prejuzgar sobre la recepción (y no sobre la procedencia de lo solicitado) de los datos o pruebas que entreguen los agraviados por el delito, para no tener que acordar nada al respecto. Todo ello, en detrimento del derecho constitucional en estudio.

## 2. Segunda garantía: Desahogo de diligencias.

Por supuesto que no es lo mismo que el MPF reciba cuanta promoción escrita, documentos y probanzas (y hasta “tonterías”, porqué no) presenten los agraviados por el delito; a que las admita, las estudie, las desahogue y tome en cuenta al resolver. El desahogo es lo que en este segmento interesa:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...]

FRACCIÓN II.- [...] “a que se desahoguen las diligencias correspondientes” [...].

Por su parte el principio 6 inciso “e)” de la DPFVD<sup>123</sup> contempla un postulado similar a la GI del desahogo de diligencias solicitadas por los agraviados por el delito, el cual implica que el MPF como la autoridad encargada de llevar a cabo el procedimiento de AP, evite los obstáculos que impliquen inamovilidad de las actuaciones, para que esta GI sea completa, y por tanto indirectamente conlleva el desahogo inmediato de diligencias.

El doctor Zamora Grant advierte que habrá que cuidar que la coadyuvancia implique unión de fuerzas y no que la responsabilidad de probar recaiga en los agraviados por el delito (que no están obligados a demostrar su ofensa), y se les orille a gastar sin necesidad en abogados dedicados a presionar al MPF, pues la intención del legislador fue dar mayor presencia al agraviado evitando que la autoridad sea obstáculo a sus intereses, procurando mayor comunicación entre ambos.

Tal comunicación resulta escasa y poco productiva. Pero si el ministerio público proporciona e instruye:

*“de todos los pormenores legales, alcances y posibilidades técnico jurídicos, la víctima sabrá que elementos realmente puede ofrecer que sean de trascendencia en la protección y defensa de sus intereses”.*<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> PRINCIPIO 6.- “Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: INCISO e).- “Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que conceden indemnizaciones a las víctimas”. Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, pp. 162 y 163.

<sup>124</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # 15, p. 146.

De ahí la relación lógica entre la asesoría jurídica y la coadyuvancia, y la importancia de que la orientación sea integral, para que pueda ser efectiva la participación victimal en la AP, y en el futuro proceso. De ello, también depende el desahogo de las pruebas.

Pero, no todo es positivo, pues la tesis aislada XXIII. 1º.24 P,<sup>125</sup> del Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito cerró al ofendido la posibilidad de tramitar el JA indirecto contra actos del ministerio público en la integración de la indagatoria (diferentes al inejercicio o al desistimiento de la acción penal), por carecer de “definitividad”.

En nuestra opinión, la tesis señalada no debiera aplicarse por referirse a la reforma al artículo 21 constitucional publicada en el DOF de diciembre 31 de 1994, respecto a la posibilidad de impugnar el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal, puesto que actualmente existe una reforma mucho más reciente, como se verá en el capítulo tercero de este trabajo.

---

<sup>125</sup> “**AVERIGUACIÓN PREVIA. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO CUANDO SE RECLAMAN ACTOS U OMISIONES EN SU INTEGRACIÓN.- No obstante que por reforma publicada [en el DOF de diciembre 31 de 1994], el artículo 21 constitucional fue adicionado en el sentido de establecer la posibilidad de impugnar las resoluciones del ministerio público, tal impugnación sólo es factible tratándose del no ejercicio y del desistimiento de la acción penal, de tal suerte que si de las constancias de autos se advierte que el representante social se encuentra integrando la AP correspondiente, a través de ciertas diligencias encaminadas a comprobar el cuerpo del delito denunciado, así como la probable responsabilidad del inculpado, resulta evidente que la indagatoria respectiva se encuentra aún en su fase de integración, y en ese tenor, el Amparo es improcedente en la medida en que no se trata de actos que se refieran, por ejemplo, a medidas y providencias de seguridad y auxilio a las víctimas de un delito, o el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que están afectos a la reparación del daño, en cuyo caso pudieran afectarse derechos e intereses legítimamente tutelados en su favor; en otras palabras, si los actos reclamados se hicieron consistir en diversas omisiones, tales como no efectuar algunos requerimientos, citar y hacer comparecer al inculpado principal o emplear las medidas de apremio para lograr diversas comparecencias, que se atribuyen a la representación social durante la integración de la averiguación, carecen de definitividad para los efectos de la procedencia del JA indirecto, pues si aún no se ha dictado resolución sobre el no ejercicio de la acción penal, menos aún puede sostenerse si las violaciones (actos u omisiones) cometidas durante la averiguación, privaron a la víctima o al ofendido por algún delito de los derechos que la ley le concede, pues la resolución del ministerio público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal puede ser impugnada junto con las violaciones del procedimiento. Luego, las consideraciones expuestas conducen a sobreseer en el juicio con fundamento en el artículo 73 fracciones XV y XVIII de la Ley de Amparo, en relación con los diversos numerales 74 fracción III y 114 fracción II de ese ordenamiento legal”.** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tesis aislada número XXIII. 1º.24 P, tomo XIX, mayo 2004, p. 1745. Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito. Amparo en Revisión 353/2003. Enero 29 de 2004. Unanimidad de Votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, tomo II, materia penal, página 448, tesis número 564, de Rubro: **IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO ACTOS RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA.** Y Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo III, enero 1993, p. 264, tesis número VI. 3º.8 P, de Rubro: **AVERIGUACIÓN PREVIA, CONTRA LAS DILIGENCIAS TENDIENTES A INTEGRARLA, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO.** En nuestra opinión debe proceder el JA cuando la AP esté en su fase de integración, no sólo si se trata de medidas y providencias de seguridad y auxilio a las víctimas de un delito, o el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes afectos a la reparación del daño, en cuyo caso pudieran afectarse derechos e intereses legítimamente tutelados en su favor. Tampoco compartimos el sobreseimiento conforme al artículo 73 fracciones XV y XVIII en relación con los diversos numerales 74 fracción III y 114 fracción II de la Ley de Amparo, porque los actos carezcan de definitividad por no existir resolución de inejercicio de la acción penal susceptible de impugnarse junto con las violaciones del procedimiento.

### 3. Tercera garantía: Fundamentación y motivación de negativa.

La negativa al desahogo de diligencias de manera fundada y motivada constituye un presupuesto, y a la vez una condición necesaria de todo acto de autoridad, conforme con el artículo 16 de la CPEUM y aparentemente incluirla en la fracción II implicaría una redundancia:

**ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO B) [...] FRACCIÓN II [...]**

**PÁRRAFO SEGUNDO.-** *“Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.*

En efecto, el artículo 16 párrafo primero constitucional fija los requisitos mínimos para que un ciudadano pueda ser molestado por la autoridad. Evidentemente, cuando el ministerio público omite desahogar aquellas pruebas con las que los agraviados por el delito pretenden demostrar los requisitos para que se ordene la aprehensión del inculpado, y eventualmente se les repare el daño, implica un acto de molestia. El párrafo mencionado a la letra establece que:

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

La cuestión de la motivación y fundamentación es uno de los principales argumentos de la mayoría de los JA, en donde se demandan también con frecuencia violaciones al párrafo segundo del artículo 14 de la máxima ley, el cual dispone que:

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

El imperativo del artículo 16 de la CPEUM exige que cualquier acto de autoridad, en ejercicio de sus funciones, dirigido a inferir alguna molestia al gobernado (no solamente las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento), esté ineludible, suficiente y debidamente motivado y fundado.

No es lo mismo la ausencia de motivación y fundamentación, es decir la falta absoluta de razonamientos jurídicos de la autoridad, que la deficiencia en la motivación y fundamentación del acto, es decir, cuando no son del todo acabados o atendibles, pues es en este último supuesto en el que se registran las violaciones más comunes en la AP.

Aunque en ambos casos, hay que elucidar que lo que sustancialmente afecta a los agraviados por el delito no es la motivación o fundamentación misma, sino los efectos de un acto emitido en estas condiciones (falta o deficiencia), que representa la indebida admisión de datos o pruebas.

La SCJN ha interpretado desde hace mucho lo que se debe entender por fundamentación y motivación, en el artículo 16 constitucional, cuyos criterios han sido reproducidos más recientemente por los Tribunales Colegiados de Circuito. La Segunda Sala del alto tribunal<sup>126</sup> considera fundamentación la cita del precepto en que se apoya, y motivación los razonamientos para encuadrar el caso en el precepto.

Según ésta tesis no basta con que exista un precepto que sustente el acto y un motivo para proceder en consecuencia, sino que además es necesario que exista una completa adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Es decir, debe justificarse la aplicación del fundamento legal y darlo a conocer al afectado con el propósito de que esté en condiciones de producir o preparar su defensa.

Para complementar la interpretación judicial, por su claridad, se incluye la jurisprudencia número: VI.2º. J/43, emitida más recientemente por el 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito, que a la letra establece:

*"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.- La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento".<sup>127</sup>*

Lo anterior, lleva a concluir que la fundamentación abarca la precisión clara y detallada del precepto legal aplicable al caso en el cual se apoya una determinación, incluyendo tanto la ley, código o reglamento correspondiente como sus numerales, fracciones, incisos y párrafos concretos. Pues de lo contrario se

---

<sup>126</sup> "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.- El artículo 16 de la Carta Magna es terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación la cita del precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que exista en el derecho positivo un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo, ser respetadas por la autoridad en el mismo acto que de ella emane". Semanario Judicial de la Federación, 6ª época, 3ª parte, tomo XLVIII, p. 36, 2ª Sala de la SCJN. Amparo en revisión 887/61. José Horacio Septién. 21 de junio de 1961. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

<sup>127</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo III, marzo 1996, tesis número: VI.2º. J/43, p. 769. 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito. Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón. Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez. Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

dejaría en estado indefensión a los agraviados por el delito, al tener que combatir de manera global los preceptos en que la autoridad funda el acto de molestia.

En cambio, no es obligatorio que la autoridad cite la fecha en que la ley aplicable se publicó en el DOF, ya que tal indicación no se considera comprendida en la GI de fundamentación, aunque incluir tal dato facilitaría su localización y la consecuente defensa del gobernado.

En suma: la motivación comprende la precisión de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para emitir el acto. Es decir, el razonamiento de los motivos cuya existencia hacen aplicable al caso concreto la ley en que se funda el acto, de modo que estos motivos o causas que la autoridad tomó en cuenta para dictarlo se adecuen exactamente a la hipótesis de la norma en la que pretende apoyarse.

Es frecuente que se emitan actos fundados en alguna tesis aislada o de jurisprudencia, como fuente de derecho de nuestro sistema jurídico, limitándose la autoridad a citarla o incluso transcribirla, pero sin explicar las razones por las cuales llegó a la conclusión de que el caso concreto de que se trate encuadra en los presupuestos de la norma invocada. Esto es incorrecto, ya que adolece de la consiguiente motivación necesaria de su aplicación al asunto.

Esta garantía se explica a partir del “principio de legalidad” como sustento teórico del “estado de derecho”, por el que toda actividad institucional del gobierno debe apegarse estrictamente al mandato de la ley, con la prohibición tajante de realizar actos de autoridad por encima de los límites del marco legal. Por ello la necesidad de fundar y motivar.

La legalidad *a contrario sensu* en cuanto a los gobernados sólo es aplicable para el efecto de que puedan realizar cualquier acto no prohibido expresamente por la ley, entendiéndose que lo que no esté vedado en ella estará permitido.

Finalmente, es significativo que el acuerdo A/018/01 del Procurador, en sus artículos décimo y décimo primero establece que cuando el MPF acuerde practicar diligencias en que deba estar presente el inculpado, notificará de preferencia por correo certificado (conforme con el presupuesto) o al menos por estrados, a los agraviados por el delito para que asistan al desahogo, en su caso. Igualmente notificará el acuerdo que niegue desahogar diligencias promovidas por ellos.

#### 4. Cuarta garantía: Atención médica y psicológica “de urgencia”.

La fracción III del apartado “B” de la CPEUM, dispone la atención médica y psicológica de urgencia, desde la comisión del delito:

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

**APARTADO B).-** *“De la víctima o del ofendido:*

**FRACCIÓN III.-** *“Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia”.*

Ésta GI de los agraviados por el delito se reproduce en el artículo 141 fracción IV del CFPP, como el derecho a recibir, cuando lo requieran (en todo procedimiento penal), “asistencia médica de urgencia y psicológica”.

La DPFVD<sup>128</sup> en sus principios 14, 15 y 17 contiene la GI revisada, extendiéndola a la asistencia a los ámbitos material y social, y por tanto no se limita al aspecto médico y psicológico, además de que impone el deber de informar a la víctima de los servicios disponibles (que deben de estarlo necesariamente), y de facilitarle su acceso, lo cual es indispensable en una apropiada atención.

Para conocer lo que debe entenderse por “urgencia”, nos remitimos al artículo 72 del reglamento de la LGS, según el cual se presenta cuando existe cualquier problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función, y que requiera atención inmediata.

La CPEUM, como puede verse, descarta aquella atención médica no urgente, como el tratamiento psicológico prolongado o los de rehabilitación que resultan tan costosos en instituciones privadas. Por tanto, la Constitución condiciona la asistencia médica a que sea “de urgencia”, mientras que la ley adjetiva (CFPP) restringe la psicológica a que el agraviado por el delito “lo requiera”.

Esta condición revela que el artículo 141 del CFPP no se ha ajustado a la reforma constitucional de 2000. No obstante el vocablo requerir debe tomarse en su acepción más benéfica para la víctima, es decir que la asistencia psicológica se preste en el momento en que se necesite, y no cuando la pida el ofendido.

Este derecho implica una modalidad del derecho universal a la salud, pues se trata de cuestiones de humanidad y solidaridad. Por tanto, tiene que ver a su vez con la GI prevista en el artículo 4 párrafo

---

<sup>128</sup> PRINCIPIO 14.- *“Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.*

PRINCIPIO 15.- *“Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.*

PRINCIPIO 17.- *“Al proporcionar servicio y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra”.* Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, Anexo 1, p. 164.

tercero constitucional, que establece que toda persona tiene derecho “a la protección de la salud”, y remite a la ley (de salud) para la definición de las bases y modalidades de acceso a estos servicios.

La LGS define los servicios de salud como aquellas acciones “dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”, y los clasifica en atención médica, salud pública y asistencia social. Y su artículo 27<sup>129</sup> enumera los servicios básicos de la protección de la salud, desde la educación, prevención y nutrición, hasta la atención médica (incluso mental), y los medicamentos e insumos.

El artículo 188 párrafo primero del CFPP señala que la atención médica a quienes sufran lesiones provenientes del delito se proporcionará en hospitales públicos. Así interviene, por ejemplo, la “Cruz Roja” u otra institución similar, pero no la PGR o el MPF, al no requerirse de su autorización ni indicaciones al respecto, aunque algunas procuradurías dan servicio de terapia psicológica de manera directa.

A manera de ejemplo, como dato comparativo, la primera ley de víctimas fue la “*Ley de Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México*”, publicada, en la Gaceta del Gobierno del Estado de México, de agosto 20 de 1969. Sin embargo, en los hechos esta reglamentación ha quedado como muestra de la discrepancia entre el derecho declarado y su efectiva instrumentación fáctica.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> ARTÍCULO 27.- “Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a: FRACCIÓN I.- “La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente; FRACCIÓN II.- “La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes; FRACCIÓN III.- “La atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias; FRACCIÓN IV.- “La atención materno-infantil; FRACCIÓN V.- “La planificación familiar; FRACCIÓN VI.- “La salud mental; FRACCIÓN VII.- “La prevención y el control de las enfermedades bucodentales; FRACCIÓN VIII.- “La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud; FRACCIÓN IX.- “La promoción del mejoramiento de la nutrición, y FRACCIÓN X.- “La asistencia social a los grupos más vulnerables”.

<sup>130</sup> Otras entidades como Jalisco, Sinaloa, Tlaxcala y Tamaulipas, aunque cuentan con su propia ley de víctimas, carecen de los servicios al respecto, o al menos de la infraestructura humana y material de la Procuraduría General de Justicia del DF, que desde 1989, da servicios de atención y apoyo a las víctimas, y se considera pionera en éste renglón. Aunque hasta abril 22 de 2003 se publicó su propio marco jurídico adicional al procesal preexistente, se ha especializado en delitos sexuales, violencia familiar, personas extraviadas y ausentes, delitos violentos, riesgos victimales y maltrato, entre otras áreas.



Sin duda la apertura de servicios de atención victimológica y el impulso de modelos novedosos ha sido determinante para ver y tratar a los agraviados por el delito de forma más humanista. Sin embargo, los programas oficiales que se implementen deben comprender todas las necesidades de la víctima, que son de naturaleza material, médica, psicológica, educativa, jurídica, financiera, social y afectiva.

Aunque en principio no es el Estado quien priva a los agraviados por el delito de sus bienes jurídicos, sino el evento delictivo en sí, se estima que una atención integral pública debe lograr el reestablecimiento de su equilibrio físico y emocional desde el punto de vista social, psicológico, médico, legal y moral, para reintegrarlos a la sociedad de manera oportuna.

Para el diseño estratégico de programas operativos de atención a víctimas es fundamental la selección y capacitación (técnica y operativa) del personal, la modernización administrativa y jurídica, la especialización profesional, la elección de espacios físicos adecuados, apoyos materiales suficientes, un manual operativo y la vigilancia y evaluación continua del servicio. Sin embargo, lo más importante es la idoneidad del elemento humano y sus conocimientos no sólo periciales sino de sentido humanitario.

Para nuestro estudio (federal), el capítulo III del título quinto del CFPP, que agrupa las disposiciones comunes a la AP y a la instrucción, prevé la atención médica a los lesionados. Su artículo 192 prevé que cualquier médico atienda y/o traslade al lesionado que necesite pronta atención, del lugar de los hechos al sitio apropiado, sin esperar la intervención de la autoridad.

La LOPGR en su artículo 4, fracción I, apartado "C)", inciso "e)",<sup>131</sup> establece éste derecho como obligación del MPF desde la AP, y lo extiende a otras personas además de los agraviados por el delito. Esta extensión es retomada en el artículo décimo segundo del acuerdo A/018/01 emitido por el Procurador.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> ARTÍCULO 4.- *"Corresponde al MPF: FRACCIÓN I.- "Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende: APARTADO C).- "En materia de atención a la víctima o el ofendido por algún delito: INCISO e).- "Dictar las medidas necesarias y que estén a su alcance para que la víctima u ofendido reciba atención médica y psicológica de urgencia. Cuando el MPF lo estime necesario, tomará las medidas conducentes para que la atención médica y psicológica se haga extensiva a otras personas".*

<sup>132</sup> ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO.- *"Los agentes del MPF serán responsables de dictar todas las medidas necesarias y que estén a su alcance, para que la víctima u ofendido reciba atención médica y psicológica de urgencia. Cuando el agente del MPF lo estime conveniente, tomará las medidas necesarias para que [ésta atención] [...] se haga extensiva a los familiares de la víctima u ofendido".*DOF. 30 de marzo de 2001.

Esta última disposición responsabiliza al MPF del dictado de medidas necesarias para la atención médica y psicológica de la víctima. Sin embargo, la trampa de tal obligación reside en 2 condiciones: que sean necesarias y estén al alcance de la autoridad. Así una vez más un simple acuerdo limita la GI con nuevos elementos no exigidos por la CPEUM. Igual sucede en la extensión de dichas medidas a sus familiares.

La atención de necesidades de las víctimas para ser efectiva, debe iniciar con un trato más humano y adecuado a su condición, incluyendo apoyo y asistencia psicológica y social, para reincorporarlas de la mejor forma a su cotidianidad, y que finalmente logren verdadera justicia integral, no sólo atención y apoyo.

Es importante que la atención y prestaciones de salud, cumplan las condiciones referidas por los artículos 51 de la LGS y 48 de su reglamento, conforme con los cuales serán oportunos y de calidad idónea; la atención será profesional y éticamente responsable; y, el trato será digno y respetuoso para los usuarios. Por lo que no basta con otorgar el servicio para cumplir con la GI sino que debe ser de efectiva calidad.

Parece “normal” que la atención médica, y sobretodo psicológica, sean limitadas indebidamente a los casos de delitos sexuales, y muchas personas afectadas por hechos ilícitos de otra índole crean no tener derecho a recibir este tipo de atenciones y cuidados. Esto es equivocado, puesto que dicha GI no es exclusiva de determinados delitos, aunque los mencionados requieren una especial sensibilidad.

Como la Procuraduría no puede dar todos los servicios ni estudios de campo, evaluación de situaciones y terapia emocional, debe existir una infraestructura que involucre a otras instancias de la Secretaría de Salud, al ser ésta la materia a preservar para quienes han sido objeto de algún delito.<sup>133</sup>

Se considera que los agraviados por el delito no deberían sufragar honorarios por servicios de psicólogos, psiquiatras, traumatólogos, médicos, enfermeras, trabajadoras sociales, y demás profesionistas, ni gastos de hospital, laboratorio clínico, medicamentos y prótesis, por lo cual se propone implementar fondos de ayuda para financiar esos costos en primera instancia.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> El tratamiento postraumático y la recuperación mental muchas veces se olvidan, concentrando esfuerzos sólo en las lesiones físicas. Por ello, la atención debe ser integral: material, médica, psicológica y social, además de entender que el calificativo de “urgente” concluye con la total recuperación de la víctima.

<sup>134</sup> *Supra.* Cap. I, p. 74.

### III. El problema humano del ministerio público con relación al agraviado.

La premisa inicial de éste segmento final del capítulo, estriba en admitir como hecho demostrado que en México la gran mayoría de derechos de los agraviados por el delito (y también de los inculpados) son “letra muerta”, por ser una cuestión de sobra probada tanto en lo hasta aquí expuesto<sup>135</sup> como en estudios jurídicos anteriores.<sup>136</sup>

Al respecto la doctora Olga Islas de González Mariscal,<sup>137</sup> señala que “es bien sabido que el ministerio público -representante, por mandato legal, de la víctima durante el procedimiento penal-, en la mayoría de los casos no aporta las pruebas necesarias e idóneas para obtener la reparación del daño”, ni le informa del desarrollo del procedimiento, lo que trae como resultado la imposibilidad real de vigilar el procedimiento e intervenir para reconducirlo.

Estimamos que la permanencia incólume de un sistema violatorio de GI de los agraviados por el delito (y del inculpado), sin que nadie haga nada, se sostiene en la “simulación de legalidad”. Etimológicamente simular significa imitar o representar lo que no es, hacer aparecer lo que no existe, fingir. No obstante, para poder engañar o burlar la buena fe de terceros es indispensable la colusión de ciertos involucrados que representen su papel en la “trágica farsa”.

Al observar la instrumentación de la AP se puede encontrar la concurrencia, más o menos constante, de las 3 notas esenciales de la simulación civil, adaptada a nuestro objeto de estudio, como son: 1- una voluntad declarada (distinta de la verdadera intención); 2- una voluntad real (concertada por acuerdo entre las partes), y 3- la finalidad o el ánimo de engañar a terceras personas.

---

<sup>135</sup> *Supra*. Cap. I, pp. 53 y ss. hasta lo aquí expuesto, en cuanto a cada GI de los agraviados por el delito.

<sup>136</sup> Sobre el particular se recomienda la lectura del libro de la doctora María de la Luz Lima Malvido citado en la Nota # 11; el texto de la doctora Olga Islas de González Mariscal citado en la Nota # 58; y el del doctor José Zamora Grant, citado en la Nota # 15.

<sup>137</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.* Nota # 58, p. XV.

El artículo 2180 del Código Civil Federal establece que “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”. Y el numeral 2181 del citado código clasifica la simulación en: 1- absoluta, cuando el acto jurídico simulado nada tiene de real; y 2- relativa, cuando se da al acto una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Esto no significa que el análisis de los límites y obstáculos al cumplimiento cabal de los 2 apartados del artículo 20 constitucional, que contienen las GI básicas de los agraviados por el delito y el inculpado en la AP, esté en función de una “teoría de la simulación”, sino que se ha detectado la presencia recurrente<sup>138</sup> de los 3 elementos apuntados en la forma de proceder del MPF.

Entre las pretensiones de este trabajo está delinear al menos algunas salidas indispensables para dimitir los excesos que troquelan nuestro actual sistema; dar pasos en la misma dirección y hacer propuestas en la misma sintonía, con la idea clara de lo que se persigue. Un nuevo modelo procesal de “Procuración de Justicia” que no tome en cuenta lo anterior no será tal.

Cada miembro de la colectividad se encuentra expuesto frente al delito, por lo menos, a 2 escenarios: ser agraviado, o inculpado. En el camino, el orden legal (en nuestro caso) dispone la intervención del MPF, ante quien tanto el agraviado por hechos delictivos como el inculpado en los mismos, son sujetos de tutela legal, es decir, ambos tienen derechos. Y en ambos casos sus GI son letra muerta, lo que se traduce en inseguridad jurídica.

El Estado, como se vio, es incapaz de evitar que se cumpla la amenaza que sufren los habitantes por parte de la criminalidad, a la cual se suma la amenaza de la autoridad que investiga los delitos, en cuyo ámbito de acción el Estado tampoco es capaz de garantizar en el mundo fáctico los derechos fundamentales de los agraviados por el delito. En ambos casos la respuesta oficial además de la simulación de abatimiento de la delincuencia; es la simulación de garantías penales y victimales.

Es aquí donde, más allá del campo del derecho, se plantea el problema humano:

Tratándose de investigar y perseguir delitos, para nadie es secreto que la separación de la dualidad de caracteres legales del ministerio público (“autoridad y parte” al mismo tiempo) en el sistema penal mexicano no es tal, pues sea como parte o como autoridad, en la práctica no deja su indumentaria inicial y sigue actuando hasta el final como autoridad.

La representación social que ostenta y la “buena fe” que se presume en su actuar son sólo un mito. Estas verdades son además de viejas: axiomáticas. Y están comprobadas de sobra, por tanto constituyen un

---

<sup>138</sup> Esto se presenta tanto en lo relativo a las limitaciones a las 5 fracciones del apartado “A” del artículo 20 constitucional que recogen las GI básicas del inculpado en dicho procedimiento inicial, de lo que nos ocuparemos en el siguiente capítulo, como de las 6 fracciones del apartado “B” de dicho artículo en lo que tiene que ver con las GI del ofendido y de la víctima del delito.

punto de partida para demostrar y buscar soluciones a la inseguridad jurídica a que se ve expuesto el ciudadano común no sólo frente al delito sino frente al MPF.

Hay que aclarar que, para el espíritu que orienta y motiva éste trabajo, preocupa más la simulación de un orden legal en sí y las violaciones encubiertas en menoscabo de la seguridad jurídica ciudadana, y todo lo que lleva aparejado; que aquellos casos, cada vez más frecuentes, en que se advierte de manera palpable que las GI son vulneradas.

Entre los principales problemas están: La prepotencia de algunos agentes del MPF, la falta de información general, y la incertidumbre de las personas que tienen la desgracia de ser “retenidos” en una agencia del MPF, agravada por las lagunas de la ley que otorgan descomunales facultades discrecionales a los encargados de hacerla cumplir, basadas en su supuesta “buena fe”, lo que al afectar a los involucrados en el actuar ministerial los convierte en víctimas.

Para cubrir ese enorme vacío se requiere construir mecanismos de defensa jurídica apropiados, que lleven al Poder Legislativo a enmendar las referidas “lagunas” de los actuales textos legales, y a instaurar “candados” que eviten que las imperfecciones legales sean aprovechados por quienes tienen en sus manos la investigación de los delitos.

Además es necesaria la publicación de material confiable, para orientar y alertar a la sociedad y, al mismo tiempo, sensibilizar a la autoridad.

La presente investigación, como se ha puntualizado, revisa las bases legales de la AP con relación al problema planteado (que no únicamente es de corrupción), para poder rediseñar, desde el punto de vista jurídico, el ámbito estructural donde se desenvuelve el MPF, ello sin dejar de reconocer que el problema se acrecienta por la no idoneidad de los recursos humanos de la Procuraduría.

La doctora Lima Malvido plantea un escenario demasiado realista donde el agraviado regresa a casa desesperanzado, y prefiere, en muchas ocasiones, abandonar su causa para no volver a ser victimizado “por el aparato de justicia penal”.

Así, el agraviado acude ante el ministerio público, tras haber peregrinado por varias oficinas contando su tragedia, sin que nadie le informe donde presentar su denuncia, y al no conocer la trascendencia de esta actuación, el ministerio público le toma declaración sin considerar que por el estado traumático en que se encuentra:

*“narra los hechos muchas veces incompletos y sin coherencia (...). Debido a estas deficiencias, es citada, en muchas de las veces para ampliar su declaración, orillándola a caer en contradicciones. No sabe proteger las evidencias del crimen por lo que las destruye y, cuando le son requeridas, es imposible obtenerlas.”<sup>139</sup>*

La declaración de la víctima se recaba sin una metodología aplicada, sin que el personal del ministerio público anote nada en el acta mientras la víctima narra su versión, pidiéndole al final repetir todo otra vez, asentándose sólo lo que éste considera “importante”, lo que además de implicar una pérdida de tiempo, altera el contenido de la declaración pues en la segunda narración olvida parte de los hechos y agrega datos intrascendentes.

Lo anterior motiva que con posterioridad vuelva a citarse a la víctima a ampliar los datos incompletos de su primera declaración, lo cual resulta tan desgastante que en ocasiones no acude a la cita y prefiere absorber el costo de sus propios daños, propiciando la impunidad. Además, si el victimario está detenido, es enfrentado a la víctima con prepotencia, y durante las audiencias o en los pasillos o zonas aledañas a la agencia, ésta es amenazada por él o por sus familiares.

En ocasiones el inculpado queda en libertad sin que la víctima se entere, “por lo que al salir de la agencia o regresar a casa se enfrenta con el sujeto sumamente alterado que la amenaza o agrede aún más”.

*“Durante esos momentos de angustia, la víctima recibe miradas, señalamientos, burlas, insinuaciones, indiscreciones, presiones, agresiones, toda clase de vejaciones que tendrá que padecer durante meses, si bien le va, o años. Y todo por tener el valor de presentarse ante el Estado, para que expropie su sufrimiento y haga de éste, una causa más, una ficción más del gran aparato de justicia penal.”<sup>140</sup>*

---

<sup>139</sup> Lima Malvido, María de la Luz. *Op. Cit.* Nota # 11, p. 5.

<sup>140</sup> *Op. Cit.* p. 6.

Esto es consecuencia, como se señaló, de la falta de capacitación científica en la investigación y de los materiales técnicos necesarios. De este modo las deficiencias de las instituciones de procuración de justicia durante su funcionamiento parecen victimizar a los ciudadanos que entran en su contacto, produciendo así el propio sistema penal más víctimas de las que pretende proteger.

Con frecuencia el personal de las agencias sólo cuenta con su “experiencia empírica” y su sentido común. Imperan la ignorancia, la frivolidad, el desinterés y una grave actitud burocrática de no hacer más de lo indispensable, además de su baja remuneración económica y desigual distribución de cargas laborales.

Si un adulator en el fondo es un enemigo oculto, entonces un compromiso prioritario de los Procuradores (no sólo del general de la República) es supervisar lo que hace “su gente”, y es precisamente aquí donde hay que hacer énfasis. Al MPF como institución se le atribuyen una serie de males, pero nunca se analiza a quienes personifican tal cargo, a los agentes y sus auxiliares que integran las nóminas de la PGR.

Detrás de los recurrentes problemas de la AP derivados de la ineficacia en la investigación, la falta de atención adecuada a los agraviados por el delito y la corrupción, está uno más complejo: la carencia de cuadros profesionales en el MPF, en alusión no al órgano sino a sus titulares.

Gerardo Laveaga, ex director del Instituto Nacional de Ciencias Penales, en un artículo publicado en el diario “Reforma” (suplemento “Enfoque”), el 1 de junio de 2003, y reproducida en la revista “*Iter Criminis*”, reconoce que a los agentes del MPF les falta preparación, y que nadie se ocupó de que aun cuando conocieran los hechos, fueran capaces de probarlos ante los tribunales:

*“la carrera de servicio civil para los agentes del ministerio público es aún precaria, nadie lo niega: durante años se nombró, de manera irresponsable, a amigos y compadres que debían lealtad a sus padrinos, sin importar que supieran derecho o tuvieran las destrezas elementales para hacerse cargo de una investigación”.*<sup>141</sup>

Dicho autor celebra que los cursos de inducción para agentes del MPF ahora duren 6 meses en lugar de 2, y aclara que no es suficiente, puesto que la meta es que se prolonguen 2 años al cabo de los cuales se les otorgue el grado de maestría.<sup>142</sup>

Se cree que otra solución es independizar del Poder Ejecutivo al MPF (no sólo a nivel federal sino en los estados). Darle autonomía presupuestaria y operativa -como ocurre, por ejemplo, con el Instituto Federal Electoral-, y que sea nombrado por el Poder Legislativo de manera plural, por insaculación calificada. Y lo más significativo: que le rinda cuentas a la sociedad en general de su gestión realizada, y

---

<sup>141</sup> Laveaga, Gerardo. Artículo: “Por qué no estoy de acuerdo con Gertz”. Revista de Ciencias Penales, *Iter Criminis*. INACIPE. 2ª época. Número 8. México, DF. Octubre-Diciembre de 2003. p. 98.

<sup>142</sup> A principios de 2006 el INACIPE emitió una convocatoria para abogados con 2 años de experiencia y expediente limpio, para cursar 2 años una maestría en procuración de justicia, de donde se seleccionarán a los futuros agentes del MPF.

casuísticamente a los agraviados por el delito.

Se ha propuesto también profundizar en la operación de los equipos de investigación ministerial, que no son susceptibles de manipular completamente como se ha hecho creer, pero sí de controlar.

Se debe aprender de los tropiezos sufridos en la Procuración de Justicia, y su deterioro disimulado, para una revisión mucho más cuidadosa del personal que la integra, y una nueva selección. Un postulado necesario en el camino para que la sociedad recupere la confianza, más allá de los discursos demagógicos, es limpiar efectivamente y a fondo esta institución y evitar que ciertas gentes permanezcan.

No es posible que los altos mandos no se atrevan a “meter las manos al fuego” por sus subordinados. Esto revela desconfianza. Por ello, los nombramientos en este tipo de cargos no pueden ser definitivos, sino que se debe dar oportunidad por unos meses, y supeditar su renovación a sus resultados. Lamentablemente así se tiene que actuar, porque las condiciones actuales así lo exigen.



Se debe proceder contra aquellos servidores que (por dolo, por ineptos o por no saber manejar las cosas) cometen abusos, en los asuntos legales que se les encomiendan. Aunque una “limpia” de gran magnitud requiere medida para no repetir los yerros del pasado, en donde se cesó injustificadamente a muchos elementos de la PGR, quienes al cabo de algún tiempo regresaron reinstalados, y retribuidos en sus “salarios caídos”, por un tribunal laboral.

Para evitar este tipo de laudos, se publicó en el DOF de marzo 8 de 1999, la adición de un último párrafo a la fracción XIII del artículo 123 constitucional,<sup>143</sup> conforme a la cual los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del ministerio público y miembros de las instituciones policiales, ahora se rigen por sus propias leyes, y estos últimos no pueden ser reinstalados en su cargo ni siquiera mediante el JA.

Comúnmente honestidad es sinónimo de impericia, mientras que la experiencia en este tipo de servidores públicos lleva una serie de vicios, mañas y corruptelas aparejadas. Los nuevos se contaminan con los viejos. Es como el ejemplo de la “manzana podrida”. Es difícil evitar la tentación para que un nuevo agente no se corrompa cuando llegue al puesto y empiece a ver cuánto hay alrededor.

Por otra parte, si se quiere despedir o “remover” a los malos elementos, existe el doble riesgo de que la PGR se quede sola, o en su defecto que “los novatos”, que cubran los lugares dejados, carezcan de la práctica necesaria y tarden mucho en aprender. Si de la noche a la mañana la institución se quedará sin personal, los efectos serían desastrosos o irónicamente tal vez no pasaría absolutamente nada. Lo que revelaría su improductiva existencia. No lo sabemos.

Otra solución podría ser la vigilancia y el control internos. ¿Pero quien vigilará a los vigilantes?

Como sea, en este engañoso impasse, complementa nuestra reflexión la manera como el jurista Juventino V. Castro sintetiza en lo que se ha convertido el ministerio público (aquí sí como institución):

*“Carente de una eficaz técnica funcional, el ministerio público se limitó a levantar actas de los principales hechos que ocurren con motivo de la comisión de un delito, a adicionar documentos y peritajes, a tomar o reconfirmar testimonios que ya se hubieren producido ante los agentes de la policía judicial, y a tomar determinaciones legales que resultaren pertinentes. O sea que el ministerio público se burocratizó.”<sup>144</sup>*

---

<sup>143</sup> ARTÍCULO 123 FRACCIÓN XIII.- “Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del DF, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables”.

<sup>144</sup> Castro, Juventino V. *El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones*, editorial Porrúa, 12ª edición, México, D.F. 2002. p. 64.

En materia de seguridad y justicia todo se enfoca al titular de la PGR, en donde se espera que el Ejecutivo que lo designe al menos analice sus antecedentes, su perfil, su experiencia, su calidad moral, sus conocimientos y su “mano dura” para ejercer el cargo dentro de la ley. Pero se dejan de lado quiénes serán sus colaboradores, los agentes del MPF, sus escribientes, secretarios, actuarios, testigos de asistencia y demás auxiliares.

Ello no quiere decir que no sea importante que la designación del Procurador sea la idónea. Incluso se propone acabar los gobiernos de “los cuates” y los improvisados, cumpliendo estrictamente el servicio civil de carrera, para que el nombramiento de funcionarios de seguridad y de justicia, de mayor escalafón, derive de un procedimiento transparente de insaculación popular calificada.

Un Procurador no sólo debe ser respetable y conoedor sino enérgico. Actualmente ya cualquiera llega a este tipo de cargos, ante el estado de abandono total y de desinterés por parte de quienes los designan.

Los titulares del Ejecutivo no se preocupan por buscar a los mejores hombres, y los que llegan se rodean de corruptos y mediocres. Ojala este sentir fuera equivocado, así sería más benéfico para todos. Y cuando se manifiestan las consecuencias de un “mal nombramiento” es preferible que el titular del ejecutivo se equivoque a que lo engañen, puesto que de suceder esto último la sociedad se queda más preocupada por la clase de ingenuo que gobierna.

Hay nombramientos, sobretodo en las entidades federativas, donde el nuevo funcionario era una “pobre diablo”, antes de encabezar la Procuraduría, e igual sucede en otros cargos. Si a esto se le añade que a nivel de jefes policiacos y ministerios públicos continua el negocio de mandar “cuates” a ver cuánto se roban para que luego lo repartan “para arriba”, el desaliento es indignante.

Cada que se defiende que un nuevo Procurador y su séquito tienen cualidades, nunca dicen cuáles son éstas. Otra cosa es que mucha gente dejó de ser tan ingenua, para caer en los recurrentes trucos empleados por delincuentes y estafadores, y otra que la delincuencia esté decreciendo. Es obvio que si unos desconocidos tocan en un domicilio, vengan de donde digan venir, sin que el morador los haya llamado, no los dejará entrar.

El continuo cambio de procuradores lejos de aminorar paulatinamente el problema, lo ha incrementado, sobretodo cuando no existen contrapesos en el seno de dichos órganos, y en cambio lo que hay son complicidades. Cada cambio significa volver a empezar, por eso se requieren servidores públicos con conocimientos y experiencia, no que nada más lleguen a improvisar.

Por otro lado, una innovación legal, desde una óptica garantista, introdujo para el MPF, como servidor público, sus propios derechos contenidos en el artículo 52 de la LOPGR,<sup>145</sup> conforme a los cuales la PGR ofrece a sus agentes desde capacitación, estímulos y ascensos, hasta atención médica y permisos.

En cuanto a los índices delictivos, es sabido que la policía y las procuradurías son instituciones que nunca actúan “de oficio”, sino que trabajan en base a denuncias, por lo que la “cifra negra” nunca es debidamente estimada ni considerada en las estadísticas oficiales. Muchas veces no se sabe ni cuántos expedientes de AP hay de rezago en las Procuradurías de Justicia.

La desconfianza fomenta la “no-denuncia”, que a su vez se convierte en pretexto para no actuar. Si bien es cierto que la sociedad debe participar en la solución a la delincuencia, no se debe malentender la prevención del delito como exclusiva responsabilidad ciudadana para que la autoridad justifique su incapacidad, pues nadie se ha tomado la molestia de decir cómo debe darse la participación ni de crear los mecanismos efectivos para instrumentarla.

No hay que olvidar que el párrafo primero del artículo 21 constitucional establece que la investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Y que el párrafo cuarto señala que las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio de la acción penal y el desistimiento de la misma podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establece la ley.

Mientras que el artículo 102, apartado “A” párrafo primero de la CPEUM, refiere que la ley organizara el MPF, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, y que el Procurador General de la República presidirá al MPF. Y el penúltimo párrafo del apartado “A” establece que dichos servidores serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones.

---

<sup>145</sup> I. Participar en cursos de capacitación, actualización y especialización (nacionales y extranjeros), relativos a sus funciones, sin perder sus derechos y antigüedad, conforme al presupuesto y a las necesidades del servicio; II. Sugerir, por conducto de sus representantes, al Consejo de Profesionalización, medidas pertinentes para el mejoramiento del Servicio de Carrera de Procuración de Justicia Federal; III. Percibir prestaciones acordes con las características del servicio, al presupuesto y normatividad aplicables; IV. Gozar de las prestaciones de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y demás disposiciones aplicables; V. Acceder al sistema de estímulos económicos y sociales, que amerite su conducta y desempeño de acuerdo al presupuesto y a la normatividad aplicable; VI. Participar en los concursos de ascenso a que se convoque; VII. Gozar de un trato digno y decoroso de sus superiores jerárquicos; VIII. Recibir equipo de trabajo sin costo alguno; IX. Recibir atención médica oportuna y gratuita, por lesiones en cumplimiento de su deber; X. Gozar de los beneficios establecidos en la normatividad al concluir de manera ordinaria el Servicio de Carrera; XI. Gozar de permisos y licencias sin goce de sueldo en términos de la reglamentación aplicable, y XII. Los demás que establezcan las disposiciones aplicables. Los agentes del MPF de designación especial o visitantes, así como los policías de la Agencia Federal de Investigación (en adelante, AFI), y peritos de designación especial, participarán en los programas de capacitación, actualización y especialización, y gozarán de los derechos a que se refiere este artículo, salvo los contenidos en las fracciones II, VI y X. DOF de diciembre 27 de 2002.

Pero es el párrafo segundo el que señala que al MPF incumbe perseguir todos los delitos federales ante los tribunales; solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; y buscar y presentar las pruebas que acrediten su responsabilidad. Además hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

Por otra parte, se ha suscitado todo un debate, de un tiempo reciente a la fecha, respecto del alcance de la función persecutoria de los delitos federales por el MPF, y en especial de que el artículo 102 refiera que será “ante los Tribunales”. Existen respuestas encontradas en sentido amplio y en sentido limitativo. Conforme con los maestros Alicia González Vidaurri; Klaus-Dieter Gorenc; y Augusto Sánchez Sandoval, el artículo 102 apartado “A” de la CPEUM sujeta al ministerio público al Poder Judicial:

*“El ministerio público entonces, de acuerdo con ese texto (el del artículo 102 apartado “A” constitucional), deberá desarrollar su función de perseguir los delitos, ante los tribunales, es decir, ante los jueces, quienes tendrían la dirección y control de aquellos, en su investigación. Sin embargo, el poder ejecutivo desde 1917, no ha permitido ese control judicial sobre su ministerio público, y más bien, al margen de la Constitución, permitió que tuviera una actividad autónoma con gran discrecionalidad, pues la Constitución sólo preveía los límites de actuación de los jueces y no de los ministerios públicos, pues éstos de acuerdo al artículo 102 anotado, deberían estar sometidos a aquellos”.<sup>146</sup>*

El maestro Julio Hernández Pliego, coincide con lo anterior al sostener que cuando el Constituyente de 1917 concedió en el artículo 21 de la CPEUM al ministerio público la potestad de ejercitar acción penal, jamás pasó por su mente “asignarle al mismo tiempo la titularidad en el manejo de la AP”,<sup>147</sup> lo cual fue obra irresponsable de los códigos procesales donde el legislador ordinario indebidamente lo sustrajo de la sede jurisdiccional.

Se comulga con que se ha desnaturalizado la intervención del ministerio público dentro de la AP, en donde no se permite la intrusión de los jueces, cuando en realidad, desde una interpretación literal, debiera seguirse dicho procediendo inicial ante su autoridad.

De lo anteriormente expuesto, se desprenden los siguientes puntos concluyentes:

- El artículo 21 constitucional establece como garantía penal que ningún individuo será penalmente perseguido por ninguna autoridad diferente del ministerio público.

---

<sup>146</sup> González Vidaurri, Alicia; Gorenc, Klaus-Dieter; y Sánchez Sandoval, Augusto. *Control Social en México*, DF. *Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Estudios Profesionales Acatlán. 1ª edición. 1ª reimpression. México, DF. 2004. p. 107.

<sup>147</sup> Hernández Pliego, Julio. Artículo: “Comentarios al Debate”. “¿Debe desaparecer el ministerio público?”. *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*. INACIPE. 2ª época. Número 8. México, DF. Octubre-Diciembre de 2003. p. 109.

- La etiqueta de “representante social” o “personero de la sociedad” no aparece recogida en ningún precepto constitucional, e igual sucede con la institución de “buena fe”.
- Aunque los funcionarios del MPF los nombra y remueve el Ejecutivo, el artículo 102 apartado “A” no está ubicado en el capítulo III del título tercero relativo al Poder Ejecutivo, sino en el que se refiere al Poder Judicial ya que aparece en el capítulo IV del título tercero de la ley fundamental.
- De la redacción del artículo 102 apartado “A” constitucional se infiere que la persecución de delitos que haga el ministerio público será ante los tribunales, es decir, ante el Poder Judicial. No obstante la práctica lo sustrajo de sede judicial, aunque existe la opinión contraria.

Como corolario a todo lo hasta aquí expuesto, se concluye, por un lado, en la necesidad de actualizar el artículo 141 del CFPP con la CPEUM; y por el otro, en hacer operativos y efectivos estos importantes derechos dentro de las Procuradurías con los recursos humanos y materiales que demanda tan noble tarea.

En este renglón el CPPDF contiene avances notables para los agraviados por el delito. El artículo 9 enumera 20 derechos que se harán efectivos, según corresponda, en la AP o en el proceso, sin embargo, el catálogo es tan amplio y variado que corre el riesgo de difuminarse al momento de pretender aplicarlo.

En algunos casos se incluyen derechos de suma importancia, pero en otros sólo se repiten los contemplados en otros numerales o leyes, como los calificativos a la prestación constitucional de servicios del ministerio público y sus auxiliares, que será con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficacia, eficiencia, máxima diligencia y respeto a su dignidad humana, sin suspensión, deficiencia ni ejercicio indebido de autoridad.

Entre los derechos relevantes dados a la víctima en el DF, están: **1]** ratificar en el acto de la denuncia o querrela; **2]** recibir copia simple gratuita de la misma; **3]** acceder al expediente; **4]** obtener asesoría jurídica efectiva de la Procuraduría; **5]** coadyuvar con el ministerio público; **6]** recibir atención médica de urgencia y auxilio psicológico necesario; **7]** impugnar el inejercicio de la acción penal; **8]** ser informado del significado y trascendencia del perdón; y, **9]** que se le solicite debidamente la reparación.

La excesiva contemplación de derechos evidencia su incumplimiento, y produce preocupación saber que muchas cuestiones que se suponían superadas, por ser parte de las obligaciones de las autoridades, se tienen que declarar en el Código para que cobren vigencia. Para el doctor Zamora Grant<sup>148</sup> son atinadas las expresiones del CPPDF en pro de los agraviados por el delito, aunque en su mayoría no debería ser necesario establecerlas, por ser parte de las funciones obligatorias de los servidores públicos e implica:

---

<sup>148</sup> Zamora Grant, José. *Op. Cit.* Nota # **15**, p. 158.

*“el reconocimiento tácito de que tales funciones no son debidamente acatadas y existen intenciones de cambio para su mejor cumplimiento”.*

Ejemplos de ello, son el derecho a quejarse en la contraloría y a denunciar ante el ministerio público; que se les procure justicia pronta, gratuita e imparcial; que se les reciba cualquier denuncia o querrela; que se les facilite identificar al probable responsable; y que puedan poner a disposición todos los datos para acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación.

Según el doctor Zamora Grant,<sup>149</sup> eventos como los interrogatorios, idas y venidas a los juzgados [agencias del MPF, en nuestro caso], careos denigrantes, falta de información fiable y de una buena defensa, son resentidos en los derechos de los agraviados por el delito. Así se habla de una victimización secundaria por la falta de información sobre sus derechos, la asesoría jurídica deficiente y el trato que recibe por los servidores públicos, sin respetar su dignidad e intimidad, durante la mediatización del conflicto social:

*“La situación de las víctimas en general no cambiará sólo por el reconocimiento constitucional de sus derechos, será avance significativo cuando éstos verdaderamente se respeten. Pues resulta paradójico que siendo los operadores del sistema penal los principales encargados de la defensa y protección de la víctima, se conviertan ellos mismos en agentes victimizantes”.*<sup>150</sup>

Es así como el análisis de la protección bipolar, es decir, la establecida en la legislación a través de la declaración de derechos en favor de los agraviados por el delito y del inculpado, en el procedimiento federal mexicano de AP vigente, parte de la premisa de que tales derechos deben ser inexcusablemente garantizados de manera puntual y suficiente, con la misma importancia para ambos sujetos.

Esta protección en nuestro concepto se quedó corta, puesto que sus escollos facilitan la comisión de abusos, traducidos en la violación de las llamadas “GI”, que forman parte de los derechos declarados por la Constitución y demás leyes federales. Tales abusos, así como la simulación que se genera en la práctica y el inejercicio pleno de derechos desde la óptica de los agraviados por el delito, constituyeron la materia del presente capítulo. Lo que corresponde a los inculpados se contiene en el siguiente.

---

<sup>149</sup> *Op. Cit.* p. 140.

<sup>150</sup> *Op. Cit.* pp. 160 y 161.

## CAPÍTULO SEGUNDO.

### **LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INCULPADOS EN EL DELITO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE DELITOS FEDERALES**

## **I. La labor legislativa retardada al declarar garantías penales.**

Como se estableció en el capítulo anterior, en el ámbito de la criminalización primaria y del endurecimiento de la legislación, entendida como la excesiva tipificación de conductas con penas más severas, no están ausentes los intereses políticos tanto partidistas como personales de quienes constitucionalmente están facultados para hacer leyes: diputados y senadores.

Tales intereses tampoco están ajenos en el terreno de la construcción de GI y derechos procesales, en donde, al menos dentro del procedimiento de AP, la labor ha sido por demás retardada.

Demuestra lo anterior que entre 1917 y 1993 el artículo 20 constitucional sólo tuvo un par de reformas, ambas relativas a la fracción I, de la libertad “bajo fianza”. En 1931 se publicó el primer Código de Procedimientos Penales, pero fue hasta 50 años más tarde (el 29 de diciembre de 1981), cuando se otorgaron al inculcado varios derechos en la AP, al reformarse el artículo 134 *bis* del CPPDF, conforme la publicación de esa fecha en el DOF.

En el caso del inculcado, se ha sustituido el orden tradicional de supremacía constitucional en la escala jerárquica de las normas jurídicas, por el orden derivado de la enorme influencia ejercida por la legislación secundaria sobre la ley fundamental, contrario a lo ocurrido con el catálogo de GI de los agraviados por el delito, como se vio en el capítulo precedente.

En efecto, la legislación secundaria impulsó los DH en nuestro país, adelantándose a la misma CPEUM, la cual a la postre retomó, en parte, el contenido de la oleada reformista que se dio en favor del inculcado, no así de los agraviados por el delito donde el procedimiento fue a la inversa. Es así como el presente estudio inicia con la ley adjetiva hasta llegar al resultado producido en el Constituyente Permanente.

Por la delimitación trazada en este trabajo, se revisa únicamente a partir de la reforma al artículo 134 *bis* del CPPDF, promovida por iniciativa del entonces presidente de la República, José López Portillo, por ser el primer antecedente directo de especificación de estos derechos en la AP, dentro de una ley adjetiva, y sobretodo de la ampliación del derecho de defensa y la tácita posibilidad de que el ministerio público recibiera pruebas de descargo.

Tal artículo pasó rápidamente en los mismos términos planteados por la iniciativa presidencial suscrita en noviembre 25 de 1981, aunque adicionada de un importante párrafo final (relativo a la defensa penal), producto del breve debate que el asunto mereció en el interior de la Cámara de Diputados. Lo que ni



siquiera ocurrió en la Cámara de Senadores, desde la cual no se aportó nada nuevo. El numeral reformado se publicó en el DOF de diciembre 29 de 1981.<sup>1</sup>

En el lapso de un mes (o menos, considerando que se presentó hasta la sesión de diciembre 2 de 1981 ante la Cámara de Diputados) ambas Cámaras del Congreso de la Unión aprobaron la iniciativa *lopezportillista*, que, entre otras cosas, dejó sin rejas las cárceles donde hubiera personas a disposición del ministerio público, rebautizándolas elegantemente como “salas de espera” y “áreas de seguridad”.

Esto ejemplifica la manera cómo en nuestro país se legisla “al vapor”. Sería aventurado marcar cuánto tiempo en realidad sería idóneo para la discusión de una iniciativa de tales características, como también lo sería insistir en un extenso y obligado debate, sin embargo, por donde se vea, un periodo de un mes es exiguo. La premura ha sido una falla cardinal.

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 134 BIS.- “*En los lugares de detención dependientes del ministerio público no existirán rejas y con las seguridades debidas existirán salas de espera. PÁRRAFO SEGUNDO.- “Las personas que se encuentren en estado de ebriedad, bajo influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquellas que su situación mental denote peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora, pretendan evadirse, serán ubicadas en áreas de seguridad. PÁRRAFO TERCERO.- “El ministerio público evitará el que el presunto responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del ministerio público estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otra el ministerio público le nombrará uno de oficio”.*

Sin embargo, la única contribución de la Cámara de Diputados, es trascendental, pues consistió en permitir que desde su aprehensión los detenidos pudieran nombrar abogado o persona de confianza; y, a petición del diputado Luis Cárdenas Murillo,<sup>2</sup> que el ministerio público de oficio designase defensor si el inculpado no lo hacía. Ya que muchas veces hay personas ignorantes, pobres o preocupadas por lo sucedido que no tienen quien las defiendan.

Es indiscutible el mérito de pretender dignificar y humanizar la situación de las personas detenidas, derivada del contenido de la iniciativa aprobada, cuyos avances son notables para su tiempo, pues al menos de manera declarativa, “por decreto” se instalarían teléfonos en los lugares de detención para la comunicación de los inculpados al exterior, y se retirarían las rejas.

Lo cuestionable es la manera como el autoritarismo presidencial se manifiesta frente al pobre trabajo del Poder Legislativo en la materia de su competencia, donde prácticamente se constriñen al contenido de la iniciativa, sin mayores cambios ni aportes sustanciales, salvo el último párrafo señalado. Aunque claro era otra época, no hay que olvidar que se trataba del año 1981.

En 1983 se promovió una segunda iniciativa de reforma, ahora en materia federal, por el entonces presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, expuesta ante la Cámara de Diputados en su sesión de octubre 4 de 1983, de la que, entre otras cosas, deriva expresamente la recepción de pruebas de descargo por el MPF dentro de la AP y para los fines de ésta.

En cuanto a lo que nos interesa, de la referida iniciativa destaca la modificación del artículo 128 del CFPP, cuya exposición de motivos<sup>3</sup> señala que:

*“Las garantías penales que la Constitución expresamente establece, implican sólo el mínimo de derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede ampliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público” [...].*

---

<sup>2</sup> Diario de Debates. Cámara de Diputados. Sesión de diciembre 18 de 1981. p. 53.

<sup>3</sup> Diario de Debates. Cámara de Diputados. Sesión de octubre 04 de 1983. p. 10.

En cuanto a la discusión legislativa, en la Sesión de la Cámara de Diputados de noviembre 17 de 1983, el diputado Daniel Ángel Sánchez Pérez,<sup>4</sup> dejó claro que los reclamos populares no eran por lo anticuado de las legislaciones penales sino contra la conducta arbitraria, prepotente y anticonstitucional del ministerio público y su policía judicial:

*“que han hecho de su cargo verdaderas insulas de poder y corrupción [...]. La solución no está en modificar la ley [...], sino en cambiar las estructuras mentales de los que administran justicia distributiva, así podrán existir buenas leyes; pero si quien tiene como obligación aplicarlas las corrompe o prostituye, la sociedad nunca podrá ser beneficiaria de las mismas” [...].*

Por su parte, el diputado Salvador Valencia Carmona,<sup>5</sup> en esa misma sesión de la Cámara, consideró que “se hacen llegar los derechos del inculpado a esa zona oscura que era la AP”, la cual “en nuestro medio procesal es una vergüenza para el país”, y admitió que la ley era sólo una parte del problema, pero que la esencial era “el problema humano”.

Aunque los diputados no repitieron el pasivo episodio de 1981, al haber más debate, (a diferencia del Senado) el resultado fue prácticamente el mismo: tras poco más de 2 meses de ser presentada la iniciativa se aprobó exactamente igual, como la planteó el Ejecutivo, publicándose en el DOF de diciembre 27 de 1983.<sup>6</sup>

Con estas modificaciones quedó atrás la ganada “abolición declarada de rejas”, al facultar, no sólo a los agentes del MPF sino, de forma genérica a los funcionarios que practicaran diligencias de policía judicial, a designar el lugar donde quedaría detenida una persona.

---

<sup>4</sup> Diario de Debates. Cámara de Diputados. Sesión de noviembre 17 de 1983. p. 30.

<sup>5</sup> *Op. Cit.* p. 39.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 128.- “Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial determinarán, en cada caso, qué personas quedarán en calidad de detenidas, y en qué lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva. PÁRRAFO SEGUNDO.- “Si esta determinación no procede del MPF, se le informará de inmediato para que tome conocimiento de los hechos y resuelva lo que legalmente corresponda. En todo caso se mantendrá separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención. PÁRRAFO TERCERO.- “Desde el momento en que se determine la detención, el [MPF] hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “El ministerio público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la AP y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el caso de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial, y el ministerio público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción”.

De esta forma se podrían utilizar para tales fines los separos policíacos; cárceles estatales o municipales; “casas de seguridad”; o cualquier otro lugar, con lo cual se retrocedió lo ya logrado. Además se previó la hipótesis de que el MPF no fuera quien ordenara la detención, lo que únicamente sería viable legalmente en caso de flagrancia en la comisión de un delito. En tal supuesto se tendría que informar de inmediato al MPF para su conocimiento y resolución correspondiente.

La reforma buscó mejorar la situación jurídica de las personas sometidas a una AP al establecer la obligación de dejar constancia de notificación al inculpado tanto de la imputación como del derecho para designar quién lo defienda, así como de la recepción (no así del desahogo) de pruebas de descargo oportunamente aportadas, previendo la imposibilidad de desahogarlas, en cuyo caso quedarían a salvo sus derechos ante el juez, de ejercitarse acción penal.

7 años después (1990) el entonces presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, presentó ante el Legislativo, en noviembre 16 de 1990, una tercera iniciativa de reforma a los artículos 128 del CFPP y el 269 del CPPDF, entre otros, contemplando por primera vez fracciones, para “poner al día la eficacia del Estado en beneficio de todos los mexicanos”, y “el respeto general de los DH”.

Se busco limitar “la actuación de quienes están obligados a determinar si una conducta ha quebrantado o no el orden social”; proteger y respetar las GI tanto a los que no han cometido delito como a quienes sí hubieran incurrido en él; “asegurar su cumplimiento” y establecer “los efectos de su inobservancia”.

En suma: evitar el menoscabo de DH al manifestar en mejor forma sus verdaderos alcances, pero también disponer de instrumentos legales para hacer prevalecer el orden, la seguridad y la paz pública, frente a las sofisticadas formas del avance delincencial y sus perniciosas consecuencias, además de evitar “que se consignen inocentes y dejen libres delincuentes”.

En realidad no hubo mucha discusión en el Congreso. En seguida se destaca la intervención del entonces diputado Gaudencio Vera, del Partido Acción Nacional, al razonar su voto en pro:

*[...] “a la inseguridad que vivimos ante una delincuencia en aumento, se agrega la arbitrariedad de la policía judicial y la falta de respeto a las GI, pues las autoridades, ante su impotencia de combatir el crimen, en ocasiones hacen de inocentes criminales y atacan sin recato con frecuencia la libertad y la dignidad de la persona”.<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> Diario de Debates. Cámara de Diputados. Sesión de diciembre 18 de 1990. p.133.

Finalmente, la Cámara de Diputados aprobó la reforma a ambos artículos en diciembre 18 de 1990, y en diciembre 21 de 1990 lo hizo la de Senadores, sin modificar la iniciativa. El artículo 128, de nuestro interés, incluyó 4 GI: no incomunicación, defensa, ofrecimiento de pruebas y abstención de declarar.<sup>8</sup>

El artículo 269 del CPPDF, fue casi idéntico al 128 en su contenido, con mínimas diferencias de redacción. Sólo en la fracción V se agregaron a los lugares de detención también los de reclusión, y en la fracción IV lamentablemente se quitó el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, para suplirlo por la información a *Locatel*.<sup>9</sup>

La siguiente reforma al artículo 128 del CFPP (la cuarta a la legislación secundaria de la materia) se publicó en el DOF hasta enero 10 de 1994, pero a diferencia de las anteriores, fue motivada por una reforma previa (publicada en septiembre 3 de 1993 en el DOF) que modificó, entre otros artículos, el 20 de la CPEUM. En este caso la reforma procesal (de 1994) buscó ajustarse a la Constitución, por lo cual a continuación se da cuenta de ésta última.

---

<sup>8</sup> ARTÍCULO 128.- *“Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato en la siguiente forma: FRACCIÓN I.- “Se hará constar el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la practicaron; FRACCIÓN II.- “Se le hará saber la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos: INCISO a).- “El de comunicarse inmediatamente con quienes estime conveniente; INCISO b).- “El de designar sin demora persona de su confianza, para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación; INCISO c).- “El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea. “Para los efectos de los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación. FRACCIÓN III.- “Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda. FRACCIÓN IV.- “El [MPF] recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la AP y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta como legalmente corresponda en el acto de la consignación o libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y FRACCIÓN V.- “En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención”.*

<sup>9</sup> ARTÍCULO 269.- *“Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma: [...] FRACCIÓN IV.- “La autoridad que decrete la detención, la comunicará de inmediato al servicio público de localización telefónica del DF, asentando en autos su cumplimiento con indicación del día y hora en que se verificó.*

Como se ha señalado, el ensanche de los derechos del inculpado en la legislación adjetiva motivó que a nivel de la carta magna, se elevaran, dentro de la AP, a rango de GI algunas de las consagradas en el artículo 20 constitucional, con la adición de un nuevo párrafo a su fracción X. En esta ocasión la iniciativa surgió a propuesta de diputados de la LV Legislatura del Congreso de la Unión.

Esta reforma constitucional al artículo 20 entre otros, publicada en el DOF de septiembre 3 de 1993, incluyó algunas nuevas GI en la AP de manera expresa. Sin embargo, llama la atención que la exposición de motivos no contempló los razonamientos concretos que motivaron la adición del penúltimo párrafo, ni tampoco el dictamen de las Cámaras (de Diputados y Senadores), ni sus debates correspondientes.

Del debate en dicha Cámara destaca la intervención del diputado José Octaviano Alaniz Alaniz<sup>10</sup> (del Frente Cardenista de Reconstrucción Nacional), quien en la sesión de agosto 19 de 1993, reconoció que “el ministerio público y la policía judicial, federal o local, se han convertido en lugares de alta corrupción [...] donde se tuerce la interpretación y aplicación de la ley”, sin que se avance en dicho ramo.

El diputado Carlos González Durán<sup>11</sup> (del Partido de la Revolución Democrática), en la misma sesión, señaló que el verdadero problema es “la corrección y depuración” del Poder Judicial, de las policías judiciales y del ministerio público; y fortalecer su independencia “para que queden controladas y atadas a la sociedad y no a las manos del gobierno”, ya que el mayor desprestigio cae sobre estas autoridades por cometer más atropellos y violaciones a DH.

Del mismo partido, el diputado José Camilo Valenzuela<sup>12</sup>, refirió que los problemas sociales y políticos “no se resuelven profundizando la persecución y dándole atribuciones a una de las instituciones más ligadas al narcotráfico y más comprometida con la violación de los DH, como son los ministerios públicos y los cuerpos policíacos”.

---

<sup>10</sup> *Diario de Debates. Cámara de Diputados. Sesión de agosto 19 de 1993. p. 56.*

<sup>11</sup> *Op. Cit. pp. 58 y 59.*

<sup>12</sup> *Op. Cit. p. 67.*

Por el Partido Acción Nacional, el diputado Francisco Gómez Mont Urueta<sup>13</sup>, reconoció como pendiente de abordarse la reforma para un “control judicial efectivo sobre los actos de investigación del ministerio público y las policías”, ya que “el JA ha sido vedado en la AP bajo la lógica del cambio de situación jurídica”, y luego “es prácticamente imposible revisar la legalidad” de sus actos, lo que constituye uno de los problemas más graves en México.

El texto reformado<sup>14</sup> del artículo 20 constitucional es el siguiente:

**ARTÍCULO 20.-** *“En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes GI:*

**FRACCIÓN I.-** *“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otórgale la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.*

*“El monto y la forma de caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.*

*“El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.*

**FRACCIÓN II.-** *“No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.<sup>15</sup>*

**FRACCIÓN IV.-** *“Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra.*

**FRACCIÓN VIII.-** *“Será juzgado antes de 4 meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.<sup>16</sup>*

---

<sup>13</sup> *Op. Cit.* p. 76.

<sup>14</sup> DOF. Septiembre 3 de 1993.

<sup>15</sup> Esta fracción no ha sido reformada ulteriormente hasta la fecha.

<sup>16</sup> *Idem.*

**FRACCIÓN IX.-** *“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.”*<sup>17</sup>

**FRACCIÓN III; FRACCIÓN V; FRACCIÓN VI; y FRACCIÓN VII.-** [No sufrieron reforma].

**FRACCIÓN X.-** [...].

**PENÚLTIMO PÁRRAFO.-** *“Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la [AP], en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”*<sup>18</sup>

**ÚLTIMO PÁRRAFO.-** *“En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el ministerio público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes”.*

Llama la atención que ni la exposición de motivos, ni el dictamen de primera lectura de la Cámara de Diputados, de la reforma al artículo 20 fracciones I, II, IV, VIII, IX y X de la CPEUM, hiciera referencia al penúltimo párrafo adicionado al artículo 20, que otorgó expresamente algunas GI a los inculcados en la AP.

El maestro Raúl Guillén López<sup>19</sup> considera que no se hizo mención alguna al cuarto párrafo agregado al artículo 20 constitucional debido a que los legisladores centraron los debates en las modificaciones a los artículos 16, 19 y 119 de la CPEUM, dejando así sin explicación una de las más fundamentales modificaciones.

Como se señaló, la enmienda de 1993 al artículo 20 constitucional, motivó la cuarta reforma procesal, alcanzando entre otros, a los artículos 269 del CPPDF y 128 del CFPP, para obligar a que desde la AP el ministerio público comunicara al indiciado sus garantías protectoras, diera intervención a su defensor y practicara las pruebas pertinentes, a fin de otorgar seguridad jurídica en este procedimiento.

En el debate de la Cámara de Diputados se reconoció que el ministerio público ha venido arrastrando serias y profundas deficiencias, y se planteó la necesidad de restringir su poder para fortalecer el ejercicio de la libertad de todos los DH. En compensación, no solo se adecuó la legislación penal a la reforma constitucional sino que se penalizaron nuevas conductas en materia de narcotráfico, en respuesta al momento político (ese año, 1993, habían acibillado el cardenal Posadas Ocampo).

---

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> Para nuestro estudio éste penúltimo párrafo es de relevancia fundamental.

<sup>19</sup> Guillén López, Raúl. *Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa*, editorial Porrúa, 1ª edición, México, D.F. 2003. pp. 74 y 75.



La reforma aludida se publicó en el DOF de enero 10 de 1994, proveyendo mayores herramientas para la defensa del indiciado en la AP. Para nuestra delimitación temática únicamente interesa la modificación al artículo 128 del CFPP,<sup>20</sup> cuyo texto prevalece a la fecha, salvo la fracción IV que por reforma publicada en el DOF de diciembre 18 de 2002, exigió al traductor y al defensor conocer la lengua y cultura del detenido perteneciente a un pueblo o comunidad indígena, que no comprenda el español (ya no castellano).

La exposición de motivos, dictamen y debate, de esta reforma tampoco encierran comentario o razonamiento sobre la razón por la cual se agregan estos derechos en la AP, ni respecto de la reforma de 1993 al artículo 20 constitucional a la cual se adecuaba la ley procesal.

---

<sup>20</sup> ARTÍCULO 128.- *“Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el MPF, se procederá de inmediato en la siguiente forma: FRACCIÓN I.- “Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del [MPF], se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido; FRACCIÓN II.- “Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante; FRACCIÓN III.- “Se le harán saber los derechos que le otorga la CPEUM y, particularmente en la AP, de los siguientes: INCISO a) “No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor; INCISO b) “Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio; INCISO c) “Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la [AP]; INCISO d) “Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la [AP], para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del [MPF] y en presencia del personal, el expediente de la [AP]; INCISO e) “Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la [AP] y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y, INCISO f) “Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la [CPEUM] y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código. Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes. De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones; FRACCIÓN IV.- “Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda, y, FRACCIÓN V.- “En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión”.*

El DOF de julio 3 de 1996 publicó una nueva reforma constitucional al artículo 20 fracción I<sup>21</sup> y penúltimo párrafo, a iniciativa de Ernesto Zedillo, permitiendo al juez negar la libertad provisional en delitos no graves, para una “política anticriminal de eficaz combate a la delincuencia” y para satisfacción de una pretendida irritación social, evitando que la garantía se aprovechara para reincidir o evadir la acción de la justicia.

Lo más importante para nuestro estudio radica en el cambio al penúltimo párrafo (del artículo 20 constitucional) que sujetó la libertad caucional en la AP a los requisitos y límites que establecieran las leyes, pues antes no tenía condición alguna:

**PENÚLTIMO PÁRRAFO.-** *“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la [AP], en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”.*

De ésta última circunstancia, como se ha señalado, la iniciativa no dio motivo ni cuenta alguna, pero quizá con ello se pretendió evitar futuras contradicciones legales entre la fracción I y el párrafo transcrito. Es obvio que al limitar la libertad caucional aun en delitos “no graves”, tal GI debía quedar, desde la CPEUM, sujeta a condiciones adicionales para su obtención por el inculpaado. De ahí se infiere la razón para quitarle la protección adicional que sólo conservó la fracción II del apartado “A” del artículo 20 constitucional.

Finalmente, el artículo 20 constitucional fue objeto de una reforma más (publicada en el DOF de septiembre 21 de 2000). Sin embargo, las modificaciones más importantes se refieren a los derechos de las víctimas y los ofendidos<sup>22</sup> por el delito, al fragmentar en 2 apartados (“A” y “B”) el referido numeral, sin variar los derechos estudiados en éste capítulo, razón por la que se omite en esta parte la transcripción general.

---

<sup>21</sup> ARTÍCULO 20.- [...] FRACCIÓN I.- *“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otórgale la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpaado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpaado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. PÁRRAFO SEGUNDO.- “El monto y la forma de caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpaado. En circunstancias que la ley determine la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpaado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpaado. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.*

<sup>22</sup> *Supra.* Cap. I, p. 47.

## II. Las “pseudo-garantías” declaradas para el inculpado en la averiguación previa. Alcances y ejercicio inacabado.

### A. Los derechos humanos del inculpado reconocidos en documentos internacionales frente al artículo 133 constitucional.

De los documentos internacionales que, para efectos de la delimitación del presente estudio, contienen DH aplicables en la AP (y por tanto deben respetarse en dicho procedimiento), a lo largo del capítulo, se revisarán principalmente: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP); y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”. Pero antes debemos precisar su jerarquía normativa nacional:

El artículo 133 constitucional,<sup>23</sup> establece con claridad su propia obligatoriedad máxima, la de las leyes emanadas de la misma (reglamentarias de la CPEUM), y la de los tratados firmados por el Ejecutivo federal con aprobación de la Cámara de Senadores. Del texto del artículo se desprenden 3 condiciones para que un compromiso internacional se considere “ley suprema” en nuestro país: que se celebre por el Ejecutivo federal; que lo apruebe el Senado de la República;<sup>24</sup> y, que tenga la categoría de tratado.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> ARTÍCULO 133.- *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. Tomo V. Artículos 123 a 136. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003. Artículo 133. p. 133.

<sup>24</sup> Hasta antes de la reforma a éste artículo, publicada en el DOF de enero 18 de 1934, su redacción original de 1917, requería de la aprobación del Congreso, no sólo del Senado. El fundamento correlativo para la aprobación de tratados por parte de la Cámara de Senadores está en el siguiente artículo de la CPEUM: ARTÍCULO 76.- *“Son facultades exclusivas del Senado: FRACCIÓN I.- “Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”*.

<sup>25</sup> En cuanto al uso del término “tratado” no se debe olvidar que en septiembre 25 de 1971, nuestro país ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la cual está en vigor desde enero 27 de 1980.

Aunque el numeral no ha sido reformado desde 1934, el Pleno de la SCJN, pareciera haberlo hecho, al abandonar su inicial postura de paridad sostenida en su tesis P. C/92, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA", para asignar desde noviembre de 1999 a los tratados internacionales un rango inferior a la CPEUM, y superior a la demás legislación.

Este nuevo criterio de la Corte, contenido en su tesis aislada número P. LXXVII/99,<sup>26</sup> en palabras del maestro Alonso Gómez-Robledo Verduzco,<sup>27</sup> dejó atrás la igualdad jerárquica entre leyes federales (y locales) y tratados internacionales, para colocar éstos últimos por encima de las primeras.

---

<sup>26</sup> "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- *Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión 'serán la Ley Suprema de toda la Unión' parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de 'leyes constitucionales', y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta [SCJN] considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que 'Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados'. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tesis número: P. LXXVII/99, tomo X, noviembre 1999. p. 46. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada de octubre 28 de 1999, aprobó la tesis aislada que antecede con el número LXXVII/1999, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. Nota: Esta tesis abandonó el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 60, 8ª época, diciembre 1992. p. 27. Bajo el rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.*

<sup>27</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de Gómez-Robledo Verduzco, Alfonso. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. Tomo V. Artículos 123-136. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003. Artículo 133. pp. 136 y 137.

Dicho autor, considera desafortunado el principio *Lex Posterior Derogat Priori*, conforme al cual prevalecería una reforma constitucional que contravenga un tratado internacional previamente aprobado, pues ello crearía una doble situación jurídica, por lo que recomienda suspender de momento la aplicación del tratado hasta que la Corte resuelva cual de las 2 debe anularse por su inconstitucionalidad.

Aunque el texto de los artículos 76 fracción I y 133 constitucionales, hablan de "aprobar", ello no debe interpretarse en sentido estricto reduciendo al Senado a un departamento de mero trámite, pues la aprobación no es una obligación sino una facultad, y por tanto cabe la posibilidad de que el Senado decida no aprobar algún tratado.

## **B. Las garantías del artículo 20 apartado “A” constitucional manifiestamente excluidas de la averiguación previa.**

Debe quedar esclarecido que las garantías penales del artículo 20 apartado “A” de la CPEUM, no son las únicas aplicables al proceso penal en favor del inculpado (y a la misma AP), pero por delimitación del tema de investigación, son las que se revisarán. Éstas últimas sólo para efectos enunciativos, en criterio del maestro César Augusto Osorio y Nieto, las contienen los artículos 5, 8, 13, 14, 16, 17, 18, 20 [apartado “A”] fracciones I, II, V, IX y X, y 21 constitucionales, y se refieren a:

*[...] “trabajo no obligatorio; petición y contestación de escritos; fundamentación y motivación; [...] leyes especiales no aplicables; procedimiento legal obligatorio; sujeción a formalidades; [...] leyes aplicables a las resoluciones; detenciones procedentes [...]; [no retención ministerial...] más de 48 horas [...]; requisitos para practicar cateos; consignación; abstención de malos tratos; conocimiento del delito; [libertad caucional]; prohibición de incomunicación, intimidación o tortura; suministro de datos para la defensa; nombramiento del defensor; ofrecimiento de pruebas; [no obligación de] declarar; no detención por falta de pago de honorarios a defensores; responsabilidad civil [...]; y autoridades competentes”.<sup>28</sup>*

Sin embargo, como se señaló, para nuestro objeto de estudio se ilustrarán únicamente aquellas que se refieren específicamente al procedimiento de AP, consagradas en el artículo 20 apartado “A” constitucional. No hacerlo así, implicaría entrar al estudio detallado de casi la totalidad de la parte dogmática de la CPEUM, por ser aplicable de alguna u otra manera.

Las GI del inculpado, durante la AP, inicialmente limitadas al artículo 20 apartado “A” constitucional, consideramos que en una delimitación más cercana a nuestro estudio, a diferencia de las que propone el maestro Osorio y Nieto,<sup>29</sup> abarcarán sólo las derivadas de los artículos 8, 16, 21 y 22 constitucionales.

Nos referimos al derecho de petición; los actos de molestia; la flagrancia; el caso urgente; la retención ministerial; el plazo constitucional; la función investigadora y persecutoria del ministerio público; y la prohibición de pena de muerte, penas inusitadas, trascendentales y de la confiscación.

Esquemáticamente, en principio, el inculpado tiene en todo proceso penal, por disposición del apartado “A” del artículo 20 constitucional, las GI contempladas en las siguientes 10 fracciones:

- I. Que se le otorgue, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución [siempre y cuando no se trate de delito grave], en un monto y forma asequibles, tomando en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de sus obligaciones procesales; los daños y perjuicios causados al ofendido; y la posible sanción pecuniaria;

<sup>28</sup> Osorio y Nieto, César Augusto. *La Averiguación Previa*, editorial Porrúa, 13ª edición, México, D.F. 2002. p. 97.

<sup>29</sup> Las de los artículos 5; 8; 13; 14; 16; 17; 18; 20 apartado “A”, fracciones I, II, V, IX y X; y 21 constitucionales.

- II. No ser obligado a declarar, no ser incomunicado, intimidado o torturado, por lo que la confesión no rendida ante el ministerio público o el juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;
- III. Que se le haga saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;
- IV. Ser careado en presencia del juez, cuando lo solicite, con quien deponga en su contra, salvo con menores de edad víctimas de violación o secuestro [fracción V del apartado "B"];
- V. Recibirle los testigos y demás pruebas que ofrezca, dándole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándole en la comparecencia de los testigos que solicite, cuando estén en el lugar del proceso;
- VI. Ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos;
- VII. Facilitarle todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;
- VIII. Ser juzgado antes de 4 meses en delitos con pena máxima menor a 2 años de prisión, y antes de 1 año si la pena excede ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- IX. Ser informado, desde el inicio del proceso, de sus derechos constitucionales; tener una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, el juez le designará un defensor de oficio. Y que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,
- X. Que en ningún caso se prolongue la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores u otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil u otro motivo análogo.

El antepenúltimo párrafo del apartado "A" prohíbe se prologue la prisión preventiva más tiempo del máximo que fije la ley al delito que motive el proceso; el penúltimo párrafo que se compute el tiempo de la detención en toda pena de prisión impuesta por sentencia; y el último párrafo, reduce prácticamente a la mitad los derechos de las 10 fracciones descritas si el procedimiento es de AP, al disponer que sólo 5 de ellas se apliquen en dicha etapa, quedando marginadas las 5 restantes, a las que la CPEUM no se refiere.

Nadie parece cuestionar la incongruencia de que el mismo texto constitucional excluya en la AP las GI previstas en las fracciones III, IV, VI, VIII y X del apartado "A" del numeral 20 de la CPEUM, y al mismo tiempo se asevere que su reforma pretendió ampliar las garantías del proceso a la indagatoria.

Se estima que las mismas debieron incluirse en su totalidad, con la única excepción de las no aplicables dada su naturaleza, puesto que en el procedimiento seguido ante el MPF, no sería posible, por ejemplo, juzgar al inculcado (competencia exclusiva del Poder Judicial) en audiencia pública antes de 4 meses (fracciones VI y VIII).

Sin embargo, adaptando éstas GI a la AP, se podría reducir la incertidumbre que causa una investigación "por los siglos de los siglos", para ser resuelta en determinado tiempo como máximo (2 meses en caso de delitos con pena máxima no mayor a 2 años de prisión, y 6 meses si excediere ese tiempo, salvo que el inculcado solicite mayor plazo para su defensa), ya sea que se ejercite acción penal, se abstenga expresamente de ello o se reserven las actuaciones.

Por ello, ningún motivo legal justifica la inaplicación en la AP de las GI de las fracciones III, IV y X constitucionales, salvo la inexplicable voluntad de los legisladores. Una prueba de la viabilidad de éstas GI en dicho procedimiento inicial, la aporta el artículo 128 fracción II del CFPP, al conferir un derecho equivalente al de la fracción III del apartado "A" del artículo 20 de la CPEUM, que obliga al MPF a hacer saber al inculcado la imputación existente en su contra y el nombre del denunciante o querellante.

Asimismo, como se hizo notar en el capítulo anterior,<sup>30</sup> el desahogo de la diligencia de careos (contemplados en el título sexto del CFPP) sí es procedente dentro del procedimiento de AP, conforme con lo dispuesto en el artículo 265 con relación al 132 del CFPP, e incluso puede llevarse a cabo no sólo a petición del inculcado sino de su defensor, como lo ha interpretado el Primer Tribunal Colegiado del 17º Circuito en su tesis número XVII.1º.6 P.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> *Supra*. Cap. I, pp. 79 y 80.

<sup>31</sup> "CAREOS. SU CELEBRACIÓN PUEDE VERIFICARSE A PETICIÓN DEL DEFENSOR.- *El artículo 20, fracción IV, de la [CPEUM], establece: 'En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías: ... IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra'. Por su parte, el artículo 323 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, dispone: 'Cuando exista contradicción entre las declaraciones de las personas podrá practicarse careo entre ellas, que se repetirá cuando surjan nuevos puntos de discrepancia o cuando el tribunal lo considere oportuno. Sólo cuando lo solicite el inculcado se le careará con quienes declararon en su contra'. Ahora bien, atendiendo a que por su naturaleza jurídica el careo constitucional es un derecho fundamental a la defensa de todo inculcado, que le permite conocer a las personas que deponen en su contra para estar en la posibilidad jurídica de refutarles sus imputaciones y de interrogarlos, y de esta manera ejercer su derecho de defensa, la interpretación de los preceptos anteriormente citados no debe ser en el sentido de que tales careos tienen que ser solicitados, exclusivamente, por el procesado o inculcado, pues no es ese el alcance de ambos preceptos, al establecer de manera similar que sólo cuando lo solicite el inculcado será careado con quienes declaren en su contra, sino que ese aspecto sólo debe entenderse referido a que los careos no pueden celebrarse en forma oficiosa, por parte del Juez o a petición del agente del ministerio público, como parte en el proceso, en tanto que sólo procede su celebración a petición del inculcado o procesado, por sí, o por conducto de su defensor, porque sólo a dicha parte le corresponde el derecho de que se celebren". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIII, tesis número XVII.1º.6 P. Abril 2001. p. 1038. Primer Tribunal Colegiado del 17º*



---

Circuito. Amparo Directo 800/2000. Febrero 15 de 2001. Unanimidad de Votos. Ponente: Manuel Armando Juárez Morales. Secretaria: Lilia Isabel Barajas Garibay. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo III. Abril 1996. p. 356. tesis IV.3º.9 P, de Rubro: "CAREOS CONSTITUCIONALES. SU CELEBRACIÓN DEBE SER A PETICIÓN DE PARTE Y NO CELEBRARSE DE OFICIO".

### **C. Las garantías del artículo 20 apartado “A” constitucional de observancia obligatoria limitada desde la investigación ministerial.**

El esquema de análisis de cada GI para nuestro estudio parte de los fundamentos legales, conforme a la escala jerárquica, aunque no siempre en el orden de prelación, sino conforme al desarrollo de cada tema. Así se revisa a la Constitución (exposición de motivos y reformas) complementada con los tratados internacionales, el CFPP, la interpretación judicial y la doctrina. Posteriormente se identifican formas como el MPF puede incumplir las GI, dentro del procedimiento de AP, simulando lo contrario.

Como ha quedado claro, la aplicación de GI del inculpado en la AP derivan del último párrafo, del apartado “A” del artículo 20 constitucional:

*“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la AP, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”.<sup>32</sup>*

El párrafo transcrito limita la observancia de las GI del inculpado, previstas en las fracciones I, V, VII y IX, del citado apartado y artículo, durante el procedimiento de AP a los términos, requisitos y límites que establecen las leyes, mientras que lo previsto en la fracción II no se sujeta “a condición alguna” por el numeral constitucional.

Las leyes referidas que establecerán los términos, requisitos y límites en la observación de derechos del inculpado en dicho procedimiento, son las codificaciones adjetivas penales, en nuestro caso el CFPP, y en las entidades federativas sus equivalentes aplicables al fuero común. Siendo cuestionable el caso de la LFCDO y sus homologas locales en los Estados del país.

Este capítulo cuestiona la limitación constitucional de las GI del inculpado en la indagatoria, y su inaplicación procedimental en la AP, para instituir “candados” que lleven a su obligatoria observancia.

---

<sup>32</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Op. Cit.* Nota # 84, p. 311.

A partir de la reforma<sup>33</sup> al artículo 20 constitucional publicada en el DOF de septiembre 3 de 1993 se estableció, una nueva forma de afectar la aplicación de GI, puesto que antes sólo en situaciones excepcionales, como las previstas en el artículo 29 de la CPEUM,<sup>34</sup> podían restringirse.

Los términos, requisitos y límites establecidos en las leyes, a las que ahora hay que atender para conocer la dimensión real de los derechos mínimos del inculpado en la AP, volvieron a aparecer en la subsiguiente reforma<sup>35</sup> a la ley fundamental publicada en el DOF de julio 3 de 1996.

Para nuestro estudio, conforme con el párrafo transcrito en la página precedente, solamente son observables en la AP las GI siguientes: la libertad caucional, la recepción de pruebas, la facilitación de datos y la defensa adecuada. No obstante, el ejercicio de éstas GI no es absoluto, sino que están sujetas a los requisitos y límites previstos por el CFPP o por la ley adjetiva local en el caso del fuero común.

La única garantía que perduró sin sujeción a condiciones ni límites, es la que prohíbe obligar al inculpado a declarar, incomunicarlo, intimidarlo o torturarlo, así como la nulidad probatoria de toda confesión en ausencia del defensor y del ministerio público (o juez), prevista en la fracción II del apartado "A" del artículo 20 constitucional.

La misma Constitución faculta al legislador común para que discrecionalmente regule los términos para que el inculpado ejerza sus GI en la AP, y le imponga requisitos para ello, e incluso le fije límites. Según el maestro Guillén López,<sup>36</sup> el legislador podrá ejercer ésta facultad o abstenerse de hacer regulación alguna, podrá ampliar o reducir éstos límites y requisitos para su aplicación:

---

<sup>33</sup> *Supra*. Capítulo II, pp. 123 y 124.

<sup>34</sup> ARTÍCULO 29.- *"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente [de México], de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la PGR y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde"*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Op. Cit.* Nota # 84, p. 455.

<sup>35</sup> *Supra*. Cap. II, p. 126.

<sup>36</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, pp. 191 a 193.

*“El problema de no establecer los límites que tiene el legislador [...] para regular la aplicación de GI [...] estriba en que no sólo tiene la facultad de afectar su otorgamiento (estableciendo límites y requisitos), sino inclusive desaparecer éstos derechos fundamentales en la [...] AP. [...] Antes de la reforma [...] sólo se podían suspender las GI por determinado tiempo, ahora en materia penal las leyes secundarias pueden eliminarlas por tiempo indeterminado”.*

El mismo autor considera como excesos graves del “poder revisor” de la CPEUM, que dejara la posibilidad de que en leyes secundarias se impusieran límites y requisitos a la aplicación de GI en la AP.

Y agrega que es discutible su legitimidad (del poder revisor) para restringir la aplicación de GI (por constituir decisiones fundamentales), pero más complicado resulta que se delegue dicha facultad al legislador ordinario, por no permitirlo el artículo 135 constitucional. No es posible delegar una facultad que no le fue otorgada a quien la delega, para establecer restricciones que afecten las GI, en contravención del artículo 1 párrafo primero de la CPEUM:

**ARTÍCULO 1.-** *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.*<sup>37</sup>

Conforme a éste numeral toda suspensión o restricción debe preverse en la misma Constitución y no en leyes secundarias.

---

<sup>37</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Op. Cit.* Nota # **84**, artículo 1, p. 1.

## 1. Primera garantía: Libertad provisional bajo caución.

En seguida se revisarán cada una de las citadas fracciones aplicables en la AP por disposición constitucional. Iniciamos con la siguiente transcripción, tomada del DOF de septiembre 21 de 2000:

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

**APARTADO A).-** *“Del inculpado:*

**FRACCIÓN I.-** *“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.*

*“El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.*

*“La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.*

La fracción I del artículo constitucional en estudio, instituye el derecho a la libertad provisional bajo caución del inculpado, así como la obligación del juez o MPF a concederla de inmediato, y a fijar un monto y forma que sean asequibles para las posibilidades de quien la requiere.

No obstante, el asunto no es tan sencillo, puesto que éste beneficio está condicionado constitucionalmente a ciertas cuestiones que debe tomar en cuenta el MPF al conferirla. Además, la ley secundaria establece otras limitantes adicionales al respecto (de las que nos ocuparemos más adelante), al igual que estipula la libertad sin caución como ampliación de la garantía.

Ésta GI tradicionalmente se apoya en los principios generales de derecho de “presunción de inocencia”, y del “debido proceso legal”, conforme con los cuales toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta en tanto no se compruebe su responsabilidad en un juicio donde se respeten todas sus garantías de audiencia y defensa.

En atención a ello, el inculpado no está obligado a acreditar la licitud de su conducta cuando se le imputa un hecho ilícito, pues no tiene la carga de probar su inocencia. Es al ministerio público a quien

corresponde probar lo contrario. Así lo ha interpretado el pleno de la SCJN, en su tesis número P.XXXV/2002.<sup>38</sup>

Si bien este principio no está expresamente reconocido en la Constitución ni en la ley secundaria, sí lo está en el artículo 11 punto 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre 10 de 1948, del que México es parte:

*ARTÍCULO 11, PUNTO 1.- "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".<sup>39</sup>*

---

<sup>38</sup> "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado 'A', párrafo segundo, de la CPEUM, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al ministerio público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la AP, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al MPF la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la CPEUM le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al ministerio público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XVI, agosto 2002, tesis número: P. XXXV/2002. p. 14. Pleno de la SCJN. Amparo en Revisión 1293/2000. Agosto 15 de 2002. 11 Votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El tribunal en pleno, en sesión pública de agosto 15 de 2002, aprobó dicha tesis aislada; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, D.F. Agosto 16 de 2002.

<sup>39</sup> Etienne Llano, Alejandro. *Op Cit.* Nota # 51, p. 68.

Con mayor fuerza legal, por sus efectos vinculantes, el artículo 14, punto 2, del PIDCP, aprobado por el Senado y en vigor en México desde junio 23 de 1981, según el DOF de mayo 20 y junio 22 de 1981, también consagra el principio:

**ARTÍCULO 14, PUNTO 2.-** *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley ”.*<sup>40</sup>

Del mismo modo, se consagra en el artículo 8, punto 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, publicada en el DOF de mayo 7 de 1981:

**ARTÍCULO 8, PUNTO 2.-** *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad ”.*<sup>41</sup>

Lo anterior permite concluir que la libertad caucional descansa en el “principio de presunción de inocencia”, al permitir al inculcado enfrentar en libertad su proceso, bajo los requisitos constitucionales y legales correspondientes, con el compromiso de estar disponible cada que se le solicite.

El momento en el cual el inculcado puede pedir su libertad caucional es de inmediato, por mandato de la fracción I del apartado “A” que incluye el término “inmediatamente”. Para el maestro Raúl Guillén López, la libertad debe concederse en el instante de la puesta a disposición al MPF si así lo solicita el detenido, con base en el contenido del parte informativo o la denuncia:

*“El texto constitucional es claro, mientras las leyes secundarias expresamente no hagan referencia alguna sobre el momento en que se debe otorgar ésta garantía, no existe fundamento legal alguno para que el [MPF] se abstenga de otorgar la libertad provisional una vez rendido el informe policiaco o la denuncia”.*<sup>42</sup>

Por disposición del artículo 411 del CFPP el inculcado, a cambio de su libertad caucional, está obligado a: presentarse al tribunal que conozca su caso los días fijos que se le señalen, y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo tribunal si cambia de domicilio; y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el cual no se concederá por más de un mes.

Las anteriores obligaciones se le hacen saber al inculcado al notificarle la concesión de su libertad caucional, así como las causas de revocación de la misma, dejando constancia de tal notificación, sin que la omisión de este requisito lo libere de sus obligaciones y consecuencias. Las condiciones del aludido beneficio provisional, como medida cautelar (de “cuidado o previsión para evitar peligro o daño”), se sustentan en los mismos motivos que justifican la prisión preventiva, que en el caso de la AP son:

---

<sup>40</sup> *Op Cit.* p. 216.

<sup>41</sup> *Op Cit.* p. 235.

<sup>42</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, p. 112.

La necesidad de formar la AP escrita; la posibilidad de que el MPF pueda interrogar al imputado por cualquier necesidad de la averiguación; evitar la sustracción del inculpado y la imposibilidad de ejecutar la pena (en su caso); y, por seguridad para que no continúe el delito.

Siempre que no se trate de “delito considerado grave” por el catalogo del artículo 194 del CFPP, el inculpado podrá acogerse al beneficio, garantizando: los daños y perjuicios causados al ofendido, cuando el caso lo amerite; la sanción pecuniaria que pudiera imponérsele en caso de un fallo condenatorio; y, el cumplimiento de las obligaciones resultantes que preservan la continuidad y el trámite del proceso, y con ello el derecho punitivo del Estado.

Estos “delitos graves” se enumeran en el referido catalogo (del artículo 194 del CFPP) en XIV fracciones, que comprenden igual número de leyes, como son: el CPF, la LFCDO, la LFAFE, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante, LFPST), la Ley General de Población, el Código Fiscal de la Federación y la Ley de Propiedad Industrial.

Además la legislación en materia económica como: la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

El artículo 128 fracción III inciso f) del CFPP, establece que cuando el inculpado fuese detenido (o se presentare voluntariamente, que no es el caso de la libertad caucional) ante el MPF, de inmediato se le harán saber sus derechos constitucionales, y particularmente en la AP, entre otros, que inmediatamente que lo solicite se le conceda su libertad provisional bajo caución.

El artículo 135 párrafo segundo del CFPP, señala que el MPF dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y con los requisitos del artículo 399 del CFPP para los jueces, con caución suficiente para garantizar que no se sustraerá a la acción de la justicia ni al pago de la reparación de daños y perjuicios.

Y el numeral 399 del CFPP, regula el incidente de libertad caucional del inculpado (tanto en la AP como en el proceso) inmediatamente que lo solicite, para lo cual exige la reunión de los requisitos siguientes:<sup>43</sup>

**FRACCIÓN I.-** *“Que garantice el monto estimado de la Reparación del Daño.*

*“Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;*

**FRACCIÓN II.-** *“Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;*

---

<sup>43</sup> **Agenda Penal Federal. Compendio de Leyes Penales Federales. Tercera Parte. Código Federal de Procedimientos Penales. Artículo 399. Ediciones Fiscales ISEF. 17ª edición, México, D.F. 2006. p. 85.**



**FRACCIÓN III.-** *“Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y*

**FRACCIÓN IV.-** *“Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194”.<sup>44</sup>*

En realidad la práctica diaria tanto en la AP como en el proceso, no respeta la tramitación incidental prevista, sino que la solicitud se resuelve de plano, lo que se justifica por la inmediatez impuesta a la autoridad. En cuanto a la forma de garantizar lo establecido en las 3 primeras fracciones transcritas, la caución puede depositarse en efectivo, con fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido, conforme con la última parte del numeral citado.

Y según la forma en que se constituya la garantía serán los casos de revocación: generalmente la desobediencia del inculpado sin causa justa y comprobada, de órdenes legítimas del tribunal; no efectuar los depósitos en los plazos fijados en caso de que se le autoricen parcialidades; ser sentenciado a prisión por un nuevo delito intencional, antes que haya sentencia ejecutoria donde se le concedió la libertad.

---

<sup>44</sup> Desde la Reforma publicada en el DOF de febrero 8 de 1999.

O cuando amenace al ofendido; a algún testigo de los que depongan o tengan que deponer en su asunto o trate de cohecharlo o sobornarlo; a algún funcionario del tribunal, o al ministerio público del caso; cuando aparezca con posterioridad que le corresponde una pena que no permita otorgar la libertad; cuando incumpla con alguna obligación del artículo 411 del CFPP.<sup>45</sup>

Cabe hacer hincapié en que la desobediencia para la revocación debe ser sin justa causa, y no por desidia de la autoridad, en las que al no localizar el domicilio del inculpado, sin mucho buscar, dé por hecha la notificación para su comparecencia sin practicarla, y revoque la GI reaprehendiendo al inculpado. Lo anterior se hace patente en la tesis número IX.2° 27 P<sup>46</sup> del 2° Tribunal Colegiado del 9° Circuito.

Por otra parte, en caso de que el MPF omita desglosar los conceptos garantizados por los que concede el beneficio (precisados en la transcripción de las fracciones del artículo 399 del CFPP), corresponderá hacerlo al juzgador quien tiene esa facultad derivada de la multicitada fracción constitucional, que refiere que en circunstancias que la ley determine podrá modificar el monto de la caución.

De este modo, el artículo 135 último párrafo parte final estipula que consignado el asunto, la garantía (establecida por el MPF) se considerará tácitamente prorrogada, hasta en tanto el juez no decida su modificación o cancelación. Al respecto, algunos jueces han abusado de esta facultad elevando considerablemente las cauciones originalmente fijadas en la AP.

---

<sup>45</sup> *Supra*. Cap. II, pp. 139 y 140.

<sup>46</sup> "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN CONCEDIDA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, CUANDO EL PROPIO INculpADO GARANTIZÓ DICHO BENEFICIO. EL TRIBUNAL QUE CONOCE DE LA CAUSA PENAL PUEDE REVOCARLO DE INMEDIATO CUANDO SIN CAUSA JUSTA NO SE PRESENTA A RENDIR SU DECLARACIÓN PREPARATORIA.- *De conformidad con lo dispuesto por los artículos 135, párrafo tercero y 412, fracción I, del CFPP, cuando el propio inculpado garantiza por sí ante el [MPF] su libertad provisional bajo caución y desobedece, sin causa justa y comprobada, el citatorio emitido por el juez ante quien se consignó la [AP], mediante el cual se ordenó su presentación ante éste para recibir su declaración preparatoria, es procedente, sin más trámite, revocar dicho beneficio, hacer efectiva la fianza otorgada y ordenar su aprehensión. Ello en razón de que el ordenamiento en cita no señala un término que el juez, ante quien se consignó la [AP], deba aguardar para proceder en consecuencia, bastando tan sólo con que exista la omisión y no esté comprobada una causa justa en su favor*". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XVI, septiembre 2002, tesis número IX.2° 27 P. 2° Tribunal Colegiado del 9° Circuito. p. 1392. Amparo en revisión 163/2002. Mayo 29 de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Alberto Durán Martínez. Secretario: José Artemio Navarrete Sánchez. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo VII, abril 1998. p. 118. Tesis número P. XXII/98, de rubro: *LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. LOS CASOS GRAVES POR LOS CUALES SE PUEDE REVOCAR SON LOS EXPRESADOS EN LA LEY ORDINARIA. TRATÁNDOSE DE PROCESOS PENALES FEDERALES, CUANDO EL INculpADO LA GARANTIZA POR SÍ MISMO, SON LOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 412 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. **Nota:** Por ejecutoria de enero 8 de 2003, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 93/2002 en que había participado el presente criterio.

Ni la CPEUM ni el artículo 399 fracción II del CFPP dan reglas para fijar el monto y forma de la caución “asequibles”, por concepto de posible pena multa a imponerse, por lo que la autoridad tiene vedado lo que la ley no permite, y por tanto, para no prejuzgar, debe basarse en la mínima prevista.

Aunque para determinar el monto asequible al inculpado, como la cantidad no puede fijarse arbitrariamente ni por encima de las posibilidades de quien debe otorgarla, el artículo 402 del CFPP, precisa tomar en cuenta sus antecedentes y condiciones económicas; la gravedad y circunstancias del delito imputado; el mayor o menor interés en substraerse a la acción de la justicia; y la naturaleza de la garantía ofrecida.

Cabe aquí hacer referencia a que el tema más revisado por el Constituyente Permanente, según el doctor Sergio García Ramírez, es precisamente la libertad caucional,<sup>47</sup> lo que muestra la preocupación reiterada por equilibrar el conflicto de derechos entre el inculpado, el agraviado y la sociedad.<sup>48</sup> La principal materia de las reformas a ésta GI, como se verá a continuación, ha sido la cuantía de la caución:

En 1917 el artículo 20 fracción I constitucional establecía un monto de 10 mil pesos de “fianza” a condición de que el delito imputado no mereciera pena de más de 5 años de prisión.<sup>49</sup> Pero en 1948, durante el sexenio de Miguel Alemán Valdés, sufrió su primera reforma<sup>50</sup> para facultar al juez a fijar el monto de la fianza si la pena no rebasaba 5 años de prisión en su término medio aritmético, hasta 250 mil pesos como tope, salvo que el inculpado obtuviera un beneficio económico o causara daño patrimonial a la víctima.

La segunda modificación ocurrió en 1985, durante la administración de Miguel de la Madrid Hurtado, estipulando que para conceder o negar el beneficio, el juzgador tomaría en cuenta las modalidades del delito, basándose el monto de la caución en el equivalente a la percepción al SMGV en el lugar de comisión del delito, con un límite de hasta 4 años del mismo. Y se facultó al juez para asegurar la reparación de daños o perjuicios patrimoniales, con una garantía 3 veces mayor a lo obtenido y causado.<sup>51</sup>

La tercera enmienda se efectuó siendo primer mandatario Carlos Salinas de Gortari, apareciendo por vez primera la limitante por “delito grave”, y la asequibilidad del monto y forma de la caución para el inculpado.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> *Supra*. Cap. I, p. 72, y Cap. II, p. 116.

<sup>48</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 14, p. 315.

<sup>49</sup> ARTÍCULO 20.- “En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: FRACCIÓN I.- “Será puesto en libertad inmediatamente que lo solicite bajo fianza hasta de 10 mil pesos según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 5 años de prisión y sin más requisito de poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal, bastante para asegurarla”.

<sup>50</sup> Publicada en el DOF de diciembre 2 de 1948.

<sup>51</sup> Publicada en el DOF de enero 14 de 1985.

<sup>52</sup> ARTÍCULO 20.- “En todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las siguientes [GI]: FRACCIÓN I.- “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando

Durante el sexenio del ex presidente Ernesto Zedillo se hicieron 2 reformas más: la cuarta y la quinta, en 1996 y 2000, respectivamente. En la cuarta se hizo posible negar el beneficio en delitos “no graves”, y se facultó al juez a “modificar” el monto de la caución inicial, que hasta entonces sólo podía disminuir.<sup>53</sup> Y la quinta reforma, como se señaló con anterioridad,<sup>54</sup> sólo agrupó ésta y las demás GI del inculpado en un apartado “A”.

Como se ha mencionado, con esta modificación ya no se dio prioridad a la reparación del daño como primera condición para obtener el beneficio, sino a la “gravedad” del delito. Pero además, abrió la posibilidad de que el juez, a petición del ministerio público, negara la libertad al inculpado, no obstante que el delito no fuera considerado grave por la ley, en los siguientes 2 casos:

Cuando tuviere alguna condena anterior por delito grave; y, cuando se acredite que su libertad representa un riesgo para el ofendido o la sociedad, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido.

El CFPP regula la negación del beneficio tratándose de delitos no graves, en los numerales 399 *bis* y 399 *ter*.<sup>55</sup> Sobre éste último, el Tercer Tribunal Colegiado del 10º Circuito en su tesis número X.3º.27 P,<sup>56</sup> ha

---

*se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. PÁRRAFO SEGUNDO.- “El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial. PÁRRAFO TERCERO.- “El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”. Publicada en el DOF de septiembre 3 de 1993.*

<sup>53</sup> ARTÍCULO 20.- *“En todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las siguientes [GI]: FRACCIÓN I.- “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otórgale la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. PÁRRAFO SEGUNDO.- “El monto y la forma de caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado. PÁRRAFO TERCERO.- “La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”. Publicada en el DOF de julio 03 de 1996.*

<sup>54</sup> *Supra*. Cap. II, pp. 131 y 132.

<sup>55</sup> ARTÍCULO 399 BIS.- *“En caso de delitos no graves, el juez podrá negar a solicitud del [MPF], la libertad provisional del inculpado, cuando éste haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el [MPF] aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda, se entenderán, cuando: FRACCIÓN I.- “El inculpado sea delincuente habitual o reincidente por delitos dolosos, en términos de lo dispuesto por el [CPF]. FRACCIÓN II.- “El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos; FRACCIÓN III.- “El inculpado se haya sustraído a la acción de la justicia y esté sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraditado; FRACCIÓN IV.- “El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente; FRACCIÓN V.- “El [MPF] aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia, si la libertad provisional le es otorgada; FRACCIÓN VI.- “Exista el riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento, o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada; FRACCIÓN VII.- “Se trate de delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla, o FRACCIÓN VIII.- “El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes[ o psicotrópicos]”.*

estimado correcta la revocación de la caución para evitar que queden libres “delincuentes” que representen un peligro para la convivencia social.

Sin embargo, no debe quedar duda que la negativa a fijar caución en estos casos es facultad exclusiva de la autoridad judicial, a petición del MPF y cumpliendo los requisitos ya mencionados, por lo que de ninguna manera puede ser aplicable en la AP, en la cual por todo delito no considerado grave el MPF debe fijar una caución asequible para que el inculpado obtenga su libertad provisional.

Por otra parte, en seguida se catalogan los delitos calificados como “graves”, para todos los efectos legales, por el artículo 194 del CFPP, tanto del CPF como de otras leyes, “por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad”, y respecto de los cuales no procede la GI de la libertad caucional:

#### I. Del CPF, los delitos siguientes:

**1]** Homicidio por culpa grave (artículo 60, párrafo tercero); **2]** traición a la patria (artículos 123, 124, 125 y 126); **3]** espionaje (artículos 127 y 128); **4]** terrorismo (artículo 139, párrafo primero); **5]** sabotaje (artículo 140, párrafo primero); **6]** incitación a militares para cometer delitos contra la seguridad nacional (artículos 142, párrafo segundo y 145); **7]** piratería (artículos 146 y 147); **8]** genocidio (artículo 149 *bis*); **9]** evasión de presos (artículos 150 y 152); **10]** ataques a las vías de comunicación (artículos 168 y 170);

**11]** Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 *bis* párrafo tercero); **12]** contra la salud (artículos 194, 195, párrafo primero, 195 *bis*, excepto las 2 primeras líneas horizontales de las tablas del apéndice I, 196 *bis*, 196 *ter*, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero); **13]** corrupción de menores o incapaces (artículo 201), y pornografía infantil (artículo 201 *bis*); **14]** entrega (violenta o por función pública) de persona para ejercer la prostitución (artículo 205, segundo párrafo);

---

ARTÍCULO 399 TER.- *“El juez podrá en todo caso revocar la libertad provisional concedida al inculpado cuando aparezca durante el proceso [cualquier causa prevista] en el artículo anterior y así lo solicite el [MPF].”*

<sup>56</sup> “LIBERTAD CAUCIONAL. DEBE REVOCARSE CUANDO EL REPRESENTANTE SOCIAL ACREDITE ANTE EL JUEZ PENAL QUE LA CONDUCTA DEL INculpADO REPRESENTA UN RIESGO PARA EL OFENDIDO O PARA LA SOCIEDAD, AUN TRATÁNDOSE DE DELITOS NO CALIFICADOS COMO GRAVES.- *Si el representante social aporta elementos al juez para determinar que la concesión de la libertad caucional del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad, como lo dispone el artículo 20, fracción I, constitucional, se estima correcta la determinación del juzgador de revocar el beneficio primeramente concedido, por constituir una facultad que tiene, conforme a la exposición de motivos de la iniciativa de la reforma al precepto constitucional invocado, que se publicó en el DOF de 3 de julio de 1996, precisamente para evitar que queden libres delincuentes que representen un peligro para la convivencia social, aun cuando los delitos cometidos no sean calificados como graves por la ley, al considerarse, por ejemplo, la habitualidad de la conducta delictiva, la naturaleza y características del delito imputado, sus modalidades, naturaleza y extensión del daño causado o cualquier otro elemento que justifique la negativa de la libertad provisional susceptible de ser valorado por el juez”.* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIV, diciembre 2001, tesis número: X.3º.27 P. Tercer Tribunal Colegiado del 10º Circuito. p. 1752. Amparo en revisión 235/2001. Septiembre 7 de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar. Secretaria: Isabel María Colomé Marín. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIV, septiembre 2001. p. 1333. Tesis número XIV.2º.96 P, de rubro: LIBERTAD PROVISIONAL DEL INculpADO. LA OPOSICIÓN A SU OTORGAMIENTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO SE TRATA DE DELITOS NO GRAVES, DEBE APOYARSE EN ELEMENTOS DE CONVicción QUE ACREDITEN LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PARA EL OFENDIDO O LA SOCIEDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL).

**15]** Explotación de cuerpo de menor de edad para comercio carnal (artículo 208); **16]** falsificación y alteración de moneda (artículos 234, 236 y 237); **17]** falsificación y uso indebido de documentos de crédito (artículo 240 *bis*, salvo la fracción III); **18]** contra el consumo y riqueza nacionales (artículo 254, fracción VII, párrafo segundo); **19]** violación (artículos 265, 266 y 266 *bis*); **20]** asalto en carreteras o caminos (artículo 286, segundo párrafo);

**21]** Lesiones calificadas (artículos 291, 292 y 293, con relación al 315 y 315 *bis*); **22]** homicidio (artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 *bis*, 320 y 323); **23]** secuestro (artículo 366, salvo sus 2 últimos párrafos), y tráfico de menores (artículo 366 *ter*); **24]** robo calificado (artículo 367 con relación al 372 y 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI); **25]** robo calificado (artículo 367, con relación al 370 párrafos segundo y tercero, cometido en cualquiera de las circunstancias del artículo 381 *bis*);

**26]** Comercialización habitual de objetos robados (artículo 368 *ter*); **27]** sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados (artículo 368 quáter, párrafo segundo); **28]** robo (artículo 371, último párrafo); **29]** robo de vehículo (artículo 376 *bis*); **30]** relacionados con el robo de vehículos (artículo 377); **31]** extorsión (artículo 390); **32]** operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 *bis*);

**32 bis]** Contra el ambiente, en su comisión dolosa (artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, último párrafo, 416, último párrafo y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de 2 metros cúbicos de madera, o se trate del último párrafo del artículo 419 y 420, último párrafo); **33]** en materia de derechos de autor (artículo 424 *bis*); **34]** desaparición forzada de personas (artículo 215-A); y, **35]** en materia de delitos ambientales (artículo 420 fracción II *bis*).<sup>57</sup>

II. De la LFCDO: **1]** Solamente el delito de delincuencia organizada (artículo 2).

III. De la LFAFE, los 5 delitos siguientes:

**1]** Portación de armas de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea (artículo 83, fracción III); **2]** acopio de armas (artículo 83 *bis*, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11); **3]** posesión de armas de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea (artículo 83 *ter*, fracción III); **4]** introducción clandestina de armas de uso exclusivo (artículo 84); y, **5]** introducción clandestina de armas no reservadas al uso exclusivo (artículo 84 *bis*, párrafo primero).

IV. De la LFPST: **1]** Únicamente el delito de tortura (artículos 3 y 5).

---

<sup>57</sup> Este delito de captura, transformación, acopio, transporte o comercio dolosos de más de 10 kilogramos de abulón o langosta sin autorización, cometido por asociación delictuosa, se adicionó tanto al CPF como al CFPP mediante reforma publicada en el DOF de febrero 8 de 2006, lo que prueba la tendencia de nuestros legisladores a castigar cada vez más conductas y a considerar graves a nuevos delitos.

V. De la Ley General de Población: 1] Sólo el delito de tráfico de indocumentados (artículo 138).

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los 2 delitos siguientes:

**1]** Contrabando y su equiparable (artículos 102 y 105 fracciones I a IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104); y, **2]** defraudación fiscal y su equiparable (artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados).

**VII. De la Ley de la Propiedad Industrial:**

**1]** Solamente los delitos previstos en su artículo 223, fracciones II y III.

**VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito:**

**1]** Los previstos en los artículos 111; 112 cuarto párrafo, excepto la fracción V; y, **2]** el del artículo 113 *bis*, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112.

**IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito:**

**1]** Los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V; y, **2]** el del artículo 101 de dicha Ley.

**X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:**

**1]** Los previstos en los artículos 112 *bis*; 112 *bis* 2, en el supuesto del cuarto párrafo; **2]** el del artículo 112 *bis* 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; **3]** el del numeral 112 *bis* 4, fracción I, en el supuesto del artículo 112 *bis* 3, cuarto párrafo; y, **4]** el previsto en el artículo 112 *bis* 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

**XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros:**

**1]** Los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; **2]** el del 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo; y, **3]** el del 147, fracción II inciso b), en el supuesto del artículo 146 cuarto párrafo;

**XII. De la Ley del Mercado de Valores:**

**1]** Los de los artículos 52, y 52 *bis* cuando el monto dispuesto de los fondos o valores, títulos de crédito o documentos referidos en el artículo 3 de tal ley, exceda de 350 mil días de SMGDF;

**XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro:**



1] Los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de 350 mil días de SMGDF.

#### XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos:

1] Los previstos en su artículo 96.

#### XV. De la Ley General de Salud, según reforma publicada en el DOF de mayo 25 de 2006:

1] Los previstos en el artículo 464 fracciones I, II y III, relativos a la adulteración, falsificación, contaminación, alteración de medicamentos, fármacos, materias primas o aditivos para uso o consumo humanos, la de sus empaques o envases, y su venta, ofrecimiento, comercio, distribución o transporte.

Conforme con el último párrafo del artículo 194 del CFPP, la tentativa punible<sup>58</sup> de los delitos enlistados en sus fracciones, también se califica como “delito grave”.

Como dato adicional vale aquí señalar que en el DF se suprimió el listado de delitos graves para volver al “término medio aritmético”, puesto que el quinto párrafo del artículo 268 del CPPDF considera “graves” los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de 5 años.

---

<sup>58</sup> El artículo 12 del CPF establece que existe tentativa punible: “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando [total o parcialmente] los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente [...]. Así mismo establece que para la imposición de la pena se tome en cuenta, además de las reglas del artículo 52 del CPF, “el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito”, mientras que si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena por lo que a éste se refiere, a diferencia de otros delitos cometidos.

Sobre el particular la SCJN en su tesis número II/2005<sup>59</sup> ha interpretado que dicho término medio es constitucional, debido a que como el constituyente no instituyó el concepto, ni los requisitos y condiciones que configuran un “delito grave”, se considera que dejó tales aspectos a elección del legislador ordinario, y que debe atenderse al texto final de la reforma constitucional y no a su exposición de motivos.

Para concluir, una ampliación de la GI estudiada se encuentra en el artículo 418 y siguientes del CFPP, que regulan la libertad provisional del inculpado bajo protesta, la cual podrá decretarse si concurren las siguientes VI circunstancias:

I. Que se trate de delitos con pena máxima no mayor a 3 años de prisión, o de 4 años en caso de personas de escasos recursos, (en cuyo caso sólo el juez podrá conceder este beneficio).

II. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

III. Que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;

IV. Que cuando menos tenga un año de residir en dicho lugar;

V. Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y

VI. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que se substraiga a la acción de la justicia.

La libertad bajo protesta se substanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados, siendo aplicable el artículo 411 del CFPP en cuanto a la notificación de las “prevenciones de ley”.

Los artículos 419 a 421 del CFPP son aplicables a la libertad bajo protesta durante el proceso (ante el juez), y se refieren al cumplimiento de la pena impuesta y al recurso de apelación pendiente: el 420 impone al inculpado protestar formalmente presentarse ante el tribunal que conozca del asunto siempre

---

<sup>59</sup> “DELITOS GRAVES. EL ARTÍCULO 268, QUINTO PÁRRAFO, DEL CPPDF, QUE ESTABLECE QUE TENDRÁN TAL CARÁCTER LOS SANCIONADOS CON PENA DE PRISIÓN CUYO TÉRMINO MEDIO ARITMÉTICO NO EXCEDA DE 5 AÑOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- *Del citado precepto constitucional, que en su fracción I, establece que la ley calificará cuáles son los delitos considerados como “graves”, se advierte que el constituyente sólo obliga al legislador a determinar la categoría de gravedad en dichos ilícitos, pero como no instituye el concepto relativo, ni los requisitos y condiciones que lo configuren, debe considerarse que tales aspectos los deja a la elección del autor de la ley. Por tal motivo, el quinto párrafo del artículo 268 del CPPDF, al disponer que son “graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de 5 años”, no viola la disposición constitucional mencionada, sin que sea óbice a lo anterior que en la exposición de motivos de su reforma se haya mencionado que su intención era abandonar la regla de la media aritmética con el fin de ampliar el beneficio de la libertad caucional a un mayor número de casos, pues ello obedece a que al ser la norma constitucional el proceso de un proceso legislativo, se debe tomar en cuenta, fundamentalmente el texto resultante”.* Tesis número II/2005. Pleno de la SCJN. Amparo en revisión 1190/2004. Noviembre 30 de 2004. Unanimidad. Ponente: José de Jesús Guidño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

que se le ordene, para que esta libertad surta efectos; y el 421 prevé los VI casos de revocación del beneficio.

Al respecto se plantea la siguiente pregunta: ¿procede la libertad provisional bajo protesta en la AP? ¿Puede el MPF concederla? La respuesta es afirmativa, en principio, por las razones siguientes:

- Ninguna disposición prohíbe de manera expresa aplicar la libertad provisional bajo protesta en el procedimiento de AP, siempre y cuando se cumplan las condiciones legales para su otorgamiento;
- Aunque en el artículo 418 del CFPP alude al juzgador, como autoridad que confiere el beneficio, tal facultad deber hacerse extensiva al MPF, tal como sucede con la libertad caucional, por ser una garantía de igual naturaleza;
- La interpretación de estas disposiciones, como todas las que embrollen restricciones a la libertad de las personas, debe ser conforme al “principio de aplicación de lo más favorable al inculpado”.
- El texto del artículo 418 fracción I del CFPP, permite inferir que la facultad referida al juez es para conceder beneficios a personas de escasos recursos, cuando la pena del delito atribuido sea hasta de 4 años. Lo que implica que el MPF puede concederla en delitos con pena no mayor de 3 años.
- La fracción VI del citado artículo menciona de manera amplia a “la autoridad que conceda [la libertad]”, por lo que puede deducirse que si su aplicación fuera exclusiva del juez, el legislador así lo hubiera asentado en la fracción.
- Tal como está redactado el numeral queda abierta la posibilidad de que no solamente el juez confiera el beneficio sino también el MPF, y con ello su aplicación en la AP.

No obstante, la refutación a lo anterior se encuentra virtualmente en el artículo 135 *bis* del CFPP, que permite al MPF liberar al inculcado sin caución en delitos con término medio aritmético no mayor a 3 años, con residencia de un año en el lugar, trabajo lícito, sin condena anterior y sin riesgo de sustracción.<sup>60</sup>

Aquí se trata de la libertad sin caución, no de la libertad bajo protesta.<sup>61</sup> Entre los delitos de pena máxima no mayor de 3 años<sup>62</sup> de prisión susceptibles de libertad sin caución en la AP, y de libertad bajo protesta en el proceso, se cuentan los siguientes:

- Ataques a las vías generales de comunicación por cometer una infracción al conducir un vehículo en estado de ebriedad o drogado. Artículo 171 fracción II del CPF (hasta 6 meses de prisión);
- Contra la salud en su modalidad de posesión simple de narcótico. Artículo 195 *bis* del CPF, cuando se trate de primodelincuentes y la cantidad no exceda de la tercera línea horizontal de las tablas 1 a 4 del apéndice I (1 año con 9 meses a 2 años con 9 meses de prisión);
- Resistencia de particulares. Artículos 180 y 181 del CPF (1 a 2 años de prisión);
- Cohecho. Artículo 222 del CPF, cuando la cantidad o valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de 500 veces el SMGDF o no sea valuable (3 meses a 2 años de prisión);
- Peculado. Artículo 223 del CPF, cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de 500 veces el SMGDF (3 meses a 2 años de prisión);

---

<sup>60</sup> ARTÍCULO 135 BIS.- “Se concederá al inculcado la libertad sin caución alguna, por el [MPF], o por el juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de 3 años, siempre que: FRACCIÓN I.- “No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia; FRACCIÓN II.- “Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso; FRACCIÓN III.- “Tenga un trabajo lícito; y FRACCIÓN IV.- “Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este Código”. Adición publicada en el DOF el 10 de enero de 1994.

<sup>61</sup> La libertad provisional bajo protesta la prevé el artículo 418 del CFPP, aplicable por regla general en primera instancia por un juez. A diferencia de la libertad sin caución prevista en el artículo 135 *bis* del CFPP, aplicable durante la AP por el MPF, pero también por el juez en el proceso. Además existe también la llamada libertad bajo palabra otorgada en segunda instancia, aunque en realidad se trata técnicamente de la misma libertad bajo protesta concedida de oficio por el tribunal unitario, sin los requisitos del artículo 418 del CFPP, y se prevé en el artículo 419 de dicho código, cuando ya se hubiere cumplido la pena impuesta estando pendiente el recurso de apelación.

<sup>62</sup> Aunque el artículo 135 *bis* del CFPP refiere un término medio aritmético de la pena de prisión que no exceda de 3 años, es seguro que si la pena máxima es de 3 años alcanzaría el beneficio.

- Enriquecimiento ilícito. Artículo 224 del CPF, cuando el monto del mismo no exceda del equivalente de 5 mil veces el SMGDF (3 meses a 2 años de prisión);
- Robo simple. Artículos 367 y 368 del CPF, cuando el valor de lo robado no exceda de 100 veces el salario (hasta 2 años de prisión);
- Daño en propiedad ajena. Artículo 399 del CPF, cuando el valor de lo dañado no exceda de 100 veces el salario (hasta 2 años de prisión);
- Encubrimiento. Artículo 400 del CPF (3 meses a 3 años de prisión);
- Contra la LFAFE en su modalidad de portación de bayonetas, sables o lanzas de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea. Artículo 83 fracción I con relación al 11 inciso i) de la LFAFE (3 meses a 1 año de prisión);
- Contra la LFAFE. Artículo 87 de la LFAFE (1 mes a 2 años de prisión);
- Contra la Ley General de Población por internación ilegal a la República Mexicana, previsto en su artículo 123 (hasta 2 años de prisión);
- Defraudación fiscal. Artículo 108 del Código Fiscal de la Federación. Y, asimilado a la defraudación fiscal. Artículo 109 de dicho código, cuando el monto de lo defraudado no exceda de 500 mil pesos (3 meses a 2 años de prisión); y,
- Delito fiscal relacionado con el Registro Federal de Contribuyentes. Artículo 110 del Código Fiscal de la Federación. Y, el relacionado con la contabilidad y presentación de declaraciones. Artículo 111 del citado código (3 meses a 3 años de prisión), entre otros.

El maestro Raúl Guillén López<sup>63</sup> estima que el artículo 135 *bis* del CFPP, otorga más derechos al inculpado en la AP que los contemplados en la CPEUM con relación a la libertad provisional, al no exigir caución alguna en determinados casos.

---

<sup>63</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, p. 179.

En la práctica, la GI de la libertad caucional puede ser fácilmente burlada en la AP, con las argucias siguientes:

- No informando oportunamente al inculpado ni a sus familiares o amigos, ni a su defensor la cantidad fijada para la concesión del beneficio.
- Concediéndola con un monto tan elevado que no sea asequible a las condiciones económicas del inculpado.
- Manteniendo incomunicado al inculpado antes y después de su declaración indagatoria, para impedir que pueda pedirle a un familiar o amigo que aporte la caución señalada.
- Ejercitando acción penal con detenido inmediatamente después de darle a conocer el monto de la caución, para así evitar que pueda ser aportada.

Tal vez se considere improbable que el MPF pretendiese que un detenido no obtuviese su libertad caucional, como si ésta autoridad fuera un ser perverso violador de GI sin razón.

No obstante, tal situación es real, e incluso responde a motivos de carácter político y social. Muchas veces los medios de comunicación se encargan de crear “revuelo” en determinados asuntos considerados de “trascendencia” para la comunidad, que el hecho de que sea ejercido un derecho como el estudiado, por ignorancia se convierte en escándalo social y en amenaza a la permanencia del MPF que otorgue una libertad legítima.

Esta situación es gravísima al mezclar factores extralegales para conferir el beneficio, además de las limitaciones que permite el último párrafo del apartado “A” del artículo 20 constitucional.

Para concluir se propone que en los delitos que admiten pena sustitutiva de prisión, el inculpado pueda gozar de su libertad sin caución, o al menos bajo protesta, conforme con el socorrido “principio de presunción de inocencia”.

Esta proposición es original del maestro Miguel Sarre Íguiniz, quien considera que el encarcelamiento “trae consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida”, por lo que debe prescindirse de él en delitos no capitales, y va más lejos al afirmar que las penas sustitutivas de prisión del artículo 70 del CPF<sup>64</sup> son penas alternativas, y por tanto son incompatibles con la prisión preventiva desde el punto de vista tanto jurídico como penitenciario, sin que lleguen a convertirse en formas de impunidad.

---

<sup>64</sup> ARTÍCULO 70.- *“La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: FRACCIÓN I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la*

*“Las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse en forma lógica, de modo que resulten racionales y coherentes, y no de manera que conduzcan al absurdo y que sean incongruentes con la concepción global que llevó al legislador a establecer tales sustitutivos, como sería el hecho de que el acusado estuviera sujeto a prisión preventiva en circunstancias en que una de las penas que pueda aplicársele no sea privativa de libertad.”<sup>65</sup>*

Lo anterior se basa en que nunca se sabe antes de sentencia si la pena se va a cumplir en prisión o fuera de ella, y ante esa incertidumbre se debe estar a lo más favorable al inculcado, para evitar que “el mal necesario” de la prisión preventiva resulte más grave (como hasta ahora), que la eventual medida definitiva. De este modo en algunos casos ya no se podrá hablar de libertad bajo caución, puesto que al no existir prisión preventiva no será necesario solicitar dicho beneficio provisional.

Finalmente, contra las argucias enumeradas anteriormente, la GI de nuestro estudio está “protegida” con el delito contra la administración de justicia del artículo 225 fracción XI del CPF, que prevé una pena de 4 a 10 años de prisión y de mil a 2 mil días multa, al servidor público que no otorgue, “cuando se solicite, la libertad caucional si procede legalmente”.

---

*pena impuesta no exceda de 4 años; FRACCIÓN II.- “Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de 3 años, o FRACCIÓN III.- “Por multa, si la prisión no excede de 2 años. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código”.*

<sup>65</sup> Sarre Íguiniz, Miguel. *“Imprudencia de la Prisión Preventiva para las Personas Procesadas por Delitos cuya Penalidad Admite un Sustitutivo de Prisión”*. Cuadernos para la Reforma de la Justicia 2. Las Penas Sustitutivas de Prisión. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª edición. México, D.F. 2002. p. 60.

## 2. Segunda garantía: Derecho de abstenerse de declarar.

La fracción II del artículo 20 apartado "A" de la CPEUM, reconoce el "derecho al silencio" al prohibir que se obligue al inculpado a declarar; a que se le intimide, incomunique o torture; y anula toda confesión que no se rinda ante el ministerio público o juez y en presencia del defensor:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]:

*FRACCIÓN II.- "No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio".*

Esta GI es reiterada por los artículos 128 fracción III inciso "a)"<sup>66</sup> y 287,<sup>67</sup> ambos del CFPP, aunque se advierte una restricción en la fracción II del artículo 287 del CFPP a la garantía en estudio, puesto que con la sola "asistencia" de una "persona de confianza" del inculpado la confesión es válida, a diferencia de la fracción II del apartado "A" constitucional que exige la presencia del defensor.

---

<sup>66</sup> ARTÍCULO 128.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el MPF, se procederá de inmediato en la siguiente forma: FRACCIÓN III.- "Se le harán saber los derechos que le otorga la CPEUM y, particularmente en la AP, de los siguientes: INCISO a) "No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor".

<sup>67</sup> ARTÍCULO 287.- "La confesión ante el [MPF] y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos: FRACCIÓN I.- "Que sea hecha por persona no menor de 18 años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral; FRACCIÓN II.- "Que sea hecha ante el [MPF] o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso; FRACCIÓN III.- "Que sea de hecho propio; y FRACCIÓN IV.- "Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil. PENÚLTIMO PÁRRAFO.- "No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio. ÚLTIMO PÁRRAFO.- "Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el [MPF], para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquéllas". Como se aprecia el CFPP no ha adecuado sus referencias a la Policía Judicial Federal, aunque la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, mediante reforma, siguiendo la nomenclatura propia del *Federal Bureau of Investigation* (FBI) estadounidense, rebautizó a la Policía Judicial Federal como Agencia Federal de Investigación (AFI), con lo que se pretendió evitar confusiones en cuanto a su dependencia del Poder Ejecutivo Federal y no del Poder Judicial Federal como lo sugiere la denominación, y al mismo tiempo para tratar de lavar la mala fama atribuida a dicha corporación, tal y como se ha hecho en algunas entidades del país, donde ahora se le denomina Policía Investigadora (Jalisco) o Policía Ministerial (Guanajuato).



El doctor Sergio García Ramírez<sup>68</sup> evoca que en el pasado la llamada “reina de las pruebas” en el pasado partía del supuesto de que nadie en su sano juicio admite ser responsable cuando no lo es, y que actualmente tiene “eficacia de un mero indicio”, que debe corroborarse con otras pruebas, pues hay quienes asumen responsabilidad sin tenerla para “adquirir notoriedad o favorecer a terceros”.

Cabe resaltar que ésta fracción “no estará sujeta a condición alguna” por lo que las GI que contiene tienen mayor rango de protección, y por ningún motivo pueden restringirse ni ser objeto de reducción por leyes secundarias, a diferencia de las comprendidas en las fracciones I, V, VII y IX del apartado “A”.<sup>69</sup>

En este orden de ideas, una declaración indagatoria emitida ante el MPF en sentido “confesional” sin la asistencia del defensor, sería violatoria de la fracción en estudio, con independencia de que se ajustare a la fracción IX<sup>70</sup> que más adelante se revisa, puesto que la nulidad probatoria como medio de protección deriva de la fracción II y no de la IX. Por tanto, el artículo 287 fracción II del CFPP sería inconstitucional.

La enorme trascendencia de la confesión por su metamorfosis de mero indicio al rango de prueba plena, se ha sostenido en criterios judiciales como el siguiente del Primer Tribunal Colegiado del 6º Circuito:<sup>71</sup>

*“CONFESIÓN, SU VALOR PROBATORIO. (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL).- Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del imputado como reconocimiento de su propia culpabilidad deriva de hechos propios, tiene el valor de un indicio, y alcanza el rango de prueba plena cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y sí corroborada por otros elementos de convicción”.*

En el ámbito internacional, el artículo 14 punto 3, inciso “g”, del PIDCP, establece este derecho al silencio como una garantía mínima:

*ARTÍCULO 14, PUNTO 3.- “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*INCISO g) “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.*

---

<sup>68</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* Nota # 14, p. 321.

<sup>69</sup> El último párrafo (apartado “A”, artículo 20, constitucional) faculta al legislador ordinario a reducir los alcances en la AP de éstas garantías al ser observadas “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”. Esto no es aplicable a la fracción II del apartado “A”.

<sup>70</sup> Conforme con la fracción IX del apartado y artículo 20 citados, en la AP basta que se nombre una persona de confianza para cumplir con la defensa adecuada, sin que se exija adicionalmente un defensor público por ministerio de ley cuando la persona de confianza carezca de conocimientos jurídicos o título de abogado.

<sup>71</sup> Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 8ª época, tomo 82, octubre 1994, tesis de jurisprudencia número VI.1º. J/100. p. 47. Primer Tribunal Colegiado del 6º Circuito. Amparo Directo 53/88. Sidrónio Alvillar Mendoza. Abril 12 de 1988. Unanimidad de Votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun. Amparo Directo 286/91. Rafael Flores Vega. Octubre 30 de 1991. Unanimidad de Votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun. Amparo Directo 340/91. Sergio Hernández Cervantes y otro. Abril 30 de 1992. Unanimidad de Votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas. Amparo Directo 200/92. Lucio Betánzos Martínez. Junio 11 de 1992. Unanimidad de Votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun. Amparo Directo 135/94. Isidro Pinacho Ramírez Y Otra. Julio 6 de 1994. Unanimidad de Votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun.

Por lo tanto, la decisión del inculpado de abstenerse de declarar en ejercicio de la GI del artículo 20 apartado "A" fracción II de la CPEUM [repetida por el artículo 128 fracción III inciso "a)" del CFPF], de ninguna manera debe ser indicio de su probable responsabilidad en la comisión del delito imputado, en lo cual coincide la tesis número I.10º.P.9P<sup>72</sup> del 10º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Los artículos 8 y 9 de la LFPST reiteran la GI en estudio, al reafirmar que ninguna confesión o información obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba; y que no tendrá valor probatorio alguno la confesión rendida ante una autoridad policiaca; o ante el ministerio público o juez, sin presencia del defensor o "persona de confianza del inculpado" y, en su caso, del traductor.

En este caso, ésta penúltima parte del artículo 9 de la LFPST también sería inconstitucional porque permite que la presencia de la persona de confianza sea suficiente para la validez de la declaración.

Por otro lado, la Primera Sala de la SCJN, en una reciente interpretación de ésta GI con relación a las fracciones IX y X del apartado "A" del artículo 20 de la CPEUM, ha extendido la GI para que el defensor hable con el detenido antes de la audiencia de declaración indagatoria.

---

<sup>72</sup> "INCULPADO. SU NEGATIVA A DECLARAR NO CONSTITUYE UN INDICIO PARA ACREDITAR SU CULPABILIDAD SINO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL.- *El artículo 20 apartado "A" fracción II de la CPEUM, establece que en todo proceso del orden penal el inculpado no podrá ser obligado a declarar; por tanto, si el procesado se acoge al beneficio otorgado en dicha garantía y se niega a declarar o se reserva el derecho a hacerlo, tal circunstancia no constituye un indicio de culpabilidad en la comisión del delito que se le atribuye, sino el ejercicio de un derecho constitucional*". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIX, enero 2004, tesis número I.10º.P.9P. 10º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. p. 1534. Amparo en revisión 1380/2003. Septiembre 30 de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Martha García Gutiérrez. Amparo en revisión 1490/2003. Septiembre 30 de 2003. Unanimidad de Votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Taissia Cruz Parceró. Amparo directo 1760/2003. Octubre 14 de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Martha García Gutiérrez.

El criterio deriva de la tesis aislada número CLXXI/2004.<sup>73</sup>

En la práctica hemos encontrado que éste derecho puede vulnerarse por el MPF de forma encubierta durante la AP, valiéndose de trampas como las que siguen:

- Manteniendo interno al inculcado en los separos hasta el último momento, de manera total o parcialmente incomunicada,<sup>74</sup> para propiciar su incriminación.

En este caso, el 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, ha interpretado<sup>75</sup> que para alegar lo anterior en JA se requiere acreditar este tipo de coacción sobre la confesión,<sup>76</sup> y que por tanto la consignación tardía no resta eficacia a la confesión.

---

<sup>73</sup> “DEFENSA ADECUADA, ALCANCE EN LA AP (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARATDO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- *Esta Primera Sala de la SCJN ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la AP a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado ‘A’ de la [CPEUM], que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del ministerio público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal pueden ser concebidas como un mero requisito formal, sino que deben hacerse efectivas y permitir su implementación real para una participación efectiva en el proceso por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el ministerio público o juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la ‘asistencia’ no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el ministerio público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor”.* Tesis aislada número CLXXI/2004. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN. Sesión de diciembre 1 de 2004. Amparo Directo en Revisión 1236/2004. María Alejandra Ambriz Ortiz. Noviembre 10 de 2004. 5 votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalía Rodríguez Mireles.

<sup>74</sup> En este caso se configura el delito de desaparición forzada de personas del artículo 215-A del CPF, que comete “el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención”.

<sup>75</sup> “CONFESIÓN. COACCIÓN MORAL POR CONSIGNACIÓN TARDÍA.- Sólo podrá invocarse la existencia de una confesión coaccionada, como lo señala el precedente jurisprudencial relacionado que existe bajo la voz “CONFESION, COACCIÓN MORAL EN EL RENDIMIENTO DE LA CONSIGNACION MUY POSTERIOR A LA DETENCION”, (7ª. Época. 2a. Parte, Volumen 49, página 17), cuando la privación de la libertad opere sobre la voluntad para viciarla y además se pruebe que la misma hubiere sido previa a lo admitido, pero no cuando lo ya declarado haya sido sólo materia de consignación tardía, en cuyo caso esa detención podrá ser objeto de apreciación diversa, mas no que influya legal o procesalmente en la eficacia demostrativa de esa declaración”. Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, parte Tribunales Colegiados de Circuito, tesis número: 472. 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. p. 280. Amparo en revisión 348/88. Rodolfo Moreno Cárdenas. Enero 30 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 1038/88. Miguel Corona Zepeda. Febrero 27 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 1124/88. Hugo de Jesús Herrera. Febrero 27 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 106/89. José Barajas Reyes. Febrero 27 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 34/89. Roberto Didier Grizales y otros. Marzo 31 de 1989. Unanimidad de votos. *Nota*: tesis número I.2º.P.J/6. Gaceta número 13-15, p. 78. Semanario Judicial de la Federación, tomo III, 2ª parte-2, p. 904.

<sup>76</sup> Esta ilegal medida constituye el delito contra la administración de justicia siguiente: ARTICULO 225.- “Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: FRACCIÓN XII.- “Obligiar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura”.

- Teniendo previo contacto con el inculpaado para torturarlo “sin dejar huella”, o intimidarlo con involucrar a su conyuge, padres, hijos o abuelos en caso de que se niegue a “cooperar”. Es decir, ejerciendo violencia física o moral que no pueda ser demostrada.<sup>77</sup> Las reflexiones sobre éste tipo de trasgresión se ampliarán en el siguiente segmento.
- Mediante el engaño, donde previamente se le alecciona para declarar en su contra, a cambio de lo cual se le hace creer que se le premiará con su libertad, lo cual resulta incumplido por la policía, el MPF o su personal que logró “convencerlo” incluso en contra del propio defensor, que para entonces no ha sido llamado o contratado.

Lo delicado de esta situación es su trascendencia futura dentro del mismo proceso penal, en donde conforme al mal llamado “principio de inmediatez procesal” es prácticamente imposible cambiar una confesión, aun y cuando hubiere estado viciada. El citado principio se contiene en criterios judiciales como el siguiente del Tercer Tribunal Colegiado del 2º Circuito:

*“CONFESIÓN, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.- De conformidad con el principio jurídico de inmediatez procesal, con excepción de la procedencia legal de la retractación confesional, la primera declaración del inculpaado es la que debe prevalecer sobre las posteriores, pues éstas generalmente se vierten con base en reflexiones defensivas que devienen de sugerencias del defensor para obtener una sentencia favorable”.<sup>78</sup>*

Esta interpretación deja un cabo suelto poco esgrimido en la defensa: la procedencia legal de la retractación confesional como excepción al principio. Sin embargo, estas tesis poco se atacan cuando la confesional llega a considerarse inamovible al valorar pruebas, relegando a último lugar las segundas versiones.

---

<sup>77</sup> Cuando la violación no llega a ser tortura, pudiera tipificarse el delito de abuso de autoridad siguiente: ARTÍCULO 215.- *“Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: FRACCIÓN II.- “Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare”.*

<sup>78</sup> Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, tesis número 484. Tercer Tribunal Colegiado del 2º Circuito. p. 289. Amparo directo 177/89. José Guadalupe Hernández Pérez y otro. Mayo 4 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 268/89. Nazario Torres Sánchez. Mayo 17 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 255/89. Armando García García. Mayo 31 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 155/90. Bernardino Pedral Márquez. Marzo 27 de 1990. Unanimidad de votos. Amparo directo 484/91. Gerardo Lora Reyes. Agosto 14 de 1991. Unanimidad de votos. Nota: tesis número II.3º.J/15. Gaceta número 56. p. 43. Véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Agosto, p. 366. Esta tesis en su voz y mínimas adiciones en su texto coincide con la Jurisprudencia número 70. Sala Penal de la SCJN, 6ª época, fojas 157, 2ª parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985.

En cambio *a contrario sensu*, es inconcebible como el criterio del Primer Tribunal Colegiado del 9º Circuito<sup>79</sup> ilustra la manera como se obstruyen las opciones de defensa del inculpado, a pesar de su retractación de una confesión coaccionada, al sostener que la preferencia de las primeras declaraciones sólo se da cuando, primeramente, éstas perjudican al inculpado.

Finalmente, conviene transcribir la siguiente tesis<sup>80</sup> del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, que desestima en parte la confesión para dar cabida a la llamada prueba circunstancial o indiciaria:

**“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA.-** *La moderna legislación en materia penal ha relegado a segundo término la declaración confesoria del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborada con otras pruebas, y, por el contrario, se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", la circunstancial, por ser más técnica y porque ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto inculcado”.*

Es sabido que una de las pruebas que históricamente ha recibido mayores críticas, es precisamente la confesión del imputado producida fuera de sede judicial, como la emitida ante el MPF, debido a que ha estado ligada a prácticas de tortura a cargo de la autoridad investigadora y su policía.

Según la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de diciembre 10 de 1984,<sup>81</sup> y el Protocolo de Estambul, tortura<sup>82</sup> es todo acto

---

<sup>79</sup> **“DECLARACIONES DEL REO. INMEDIATEZ PROCESAL.-** *Cuando el acusado rinde una primera declaración, en la que niega su culpabilidad en el delito que se le imputa, y luego, en una segunda declaración, da una versión que le perjudica, aceptando su responsabilidad penal, no puede invocarse el principio de inmediatez procesal, conforme al cual las primeras declaraciones del reo prevalecen sobre las posteriores, pues sería absurdo desestimar una segunda declaración, en la que el activo admite su culpabilidad, cuando éste tuvo tiempo de reflexionar e incluso preparar una mejor versión, en apoyo a su negativa inicial. La preferencia de las primeras declaraciones sólo se da cuando, primeramente, éstas perjudican al inculpado, y luego, en un afán defensivo, él las modifica en su beneficio, pero este principio lógico no opera a la inversa, o sea, cuando la primera declaración beneficia al que la rinde y luego la modifica en su perjuicio”.* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo IV, julio 1996. Tesis número IX.1º.6 P. Primer Tribunal Colegiado del 9º Circuito. p. 385. Amparo directo 182/96. Camilo Olivares Casanova y Natividad Villanueva Lara. Junio 13 de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo. Véase: Semanario Judicial de la Federación, 7ª época, volumen 187-192. 1ª Sala. p. 23.

<sup>80</sup> Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, parte: Tribunales Colegiados de Circuito, tesis número: 663. 2º Tribunal Colegiado del 4º Circuito. p. 415. Amparo directo 226/93. Eulalio Dávila Plata. Mayo 12 de 1993. Unanimidad de votos. Amparo directo 246/93. Jorge Alberto Sáenz Cisneros. Mayo 12 de 1993. Unanimidad de votos. Amparo directo 245/93. Miguel Gómez Aquino. Junio 3 de 1993. Unanimidad de votos. Amparo directo 247/93. Juan José Vázquez Gómez. Junio 3 de 1993. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 191/93. Carlos Rivera González. Septiembre 23 de 1993. Unanimidad de votos. **Nota:** tesis número IV.2º.J/29. Gaceta número 72, p. 77. Véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII, diciembre. p. 757.

<sup>81</sup> Según el artículo 27 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes su entrada en vigor fue en junio 26 de 1987, que fue el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el vigésimo instrumento o ratificación o de adhesión en poder del secretario general de la ONU. Chowell Arenas, Daniel F. y Vidaurri Aréchiga, Manuel. (Compiladores). *Compendio de Derechos Humanos contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.* Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato. 1ª edición, mayo 2005, León, Guanajuato, México, p. 199.

<sup>82</sup> **“Todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras [...], cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por [una] persona en el ejercicio de funciones**

por el que se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales.

Esto significa que la confesión coaccionada se debe considerar un acto de tortura, sin que sirva de mucho la presencia del defensor exigida por la GI estudiada, cuando la coerción se ejerció con anterioridad a la audiencia de declaración indagatoria, o antes de que el inculpado se pudiera comunicar con su abogado o su familia, y por tanto aún estar bajo los efectos de dicha coacción, por lo que ante el temor de volver a sufrir los dolores infligidos confiesa frente a la mirada atónita de su defensor.

Finalmente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Organización de Estados Americanos, en Cartagena de Indias, Colombia, en diciembre 9 de 1985, publicada en el DOF de septiembre 1 de 1987, y en vigor en México desde septiembre 23 de 1987, en su artículo 10 establece que:

*“Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.”<sup>83</sup>*

---

***públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”*** [...]. Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de agosto 9 de 1999, también conocido como Protocolo de Estambul. Por otra parte, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la asamblea general de la ONU, en su resolución 3452 (XXX) de diciembre 9 de 1975, propone en su artículo 1 similar definición, enfatizando en la calidad de funcionario público del torturador, o de otra persona a instigación suya.

<sup>83</sup> Chowell Arenas, Daniel F. y Vidaurri Aréchiga, Manuel. (Compiladores). *Op. Cit.* Nota # 231. p. 219.

### 3. Tercera garantía: No incomunicación, intimidación ni tortura.

La GI estudiada en este segmento se contempla como una prohibición:

**ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]**

**FRACCIÓN II [...]** *“Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura”.*

Sin embargo, las consecuencias contempladas por la CPEUM en caso de violación de los 3 derechos contenidos en la fracción II (apartado “A”) son heterogéneas, pues mientras que en los casos señalados en el segmento anterior sobre la confesión sin requisitos, ésta carecerá de valor probatorio; es decir, será nula; cuando se cometa tortura, incomunicación o intimidación se incurrirá en responsabilidad criminal, al prevenirse su sanción por la ley penal.

Sobre el particular, el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe la tortura:

**ARTÍCULO 5.-** *“Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.*

Y el PIDCP reafirma la prohibición en sus artículos 7 y 10 punto 1:

**ARTÍCULO 7.-** *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.*

**ARTÍCULO 10, PUNTO 1.-** *“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.*

Además hay que recordar que la Cámara de Senadores aprobó para nuestro país en diciembre 14 de 2001, la Declaración para el Reconocimiento<sup>84</sup> de la Competencia del Comité contra la Tortura, de la Convención contra la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la ONU en diciembre 10 de 1984, con lo cual la competencia de dicho comité es obligatoria. Además de que la PGR adoptó la aplicación del Protocolo de Estambul presentada ante la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los DH en agosto 9 de 1999.

Esto significa que las comunicaciones enviadas por quienes aleguen ser víctimas de una violación a las disposiciones de la Convención contra la Tortura por algún Estado miembro, serán recibidas y examinadas por el Comité contra la Tortura, ante cuya jurisdicción se someterán tales asuntos. En marzo 29 de 2005, el DOF publicó el Protocolo Facultativo de dicha convención adoptado por la Asamblea

---

<sup>84</sup> DOF. Enero 17 de 2002. 1ª sección. p. 19.

General de la ONU en diciembre 18 de 2002, y aprobado por el Senado mexicano en diciembre 9 de 2004.

Esto permitirá establecer un sistema de visitas periódicas a lugares donde haya personas privadas de la libertad para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a cargo de un subcomité de prevención de dichos actos, y otros órganos internacionales y nacionales independientes.

Aunque por la gravedad de la situación el subcomité seguramente habrá de ocuparse preferentemente de los prisioneros de guerra y de sospechas de terrorismo, de los campos de concentración de Estados Unidos de América, en todo el mundo, y no de los inculpados mexicanos en la AP.

Por otra parte, respecto de la tortura, en diciembre 28 de 1991 entró en vigor la LFPST, la cual tan sólo consta de 12 artículos. Dicha ley fue publicada un día antes en el DOF, por el entonces presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, con el objeto de prevenir y sancionar la tortura, con aplicación en todo el territorio nacional en materia de fuero federal, y en el DF en materia de fuero común.

El segundo artículo transitorio del decreto, abrogó la anterior Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que había sido publicada en el DOF de mayo 27 de 1986; aunque innegablemente se seguiría aplicando por los delitos cometidos durante su vigencia, salvo que el acusado manifestara su voluntad de acogerse a la nueva LFPST, la cual ha tenido a la fecha 2 reformas:

La primera al artículo 3, párrafo primero, publicada en el DOF de julio 2 de 1992, que define el delito de tortura, como el cometido por servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves (físicos o psíquicos) para obtener, de ella o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar determinada conducta.



El párrafo segundo de éste artículo, aclara que no se considerarán tortura las molestias o penalidades resultantes únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad. Aunque, tal excepción, en la práctica puede dar lugar a abusos y problemas de interpretación. El caso de los grilletes o esposas de sujeción apretadas intencionalmente por los policías es una forma de tortura que ejemplifica lo anterior.

La segunda reforma (publicada en el DOF de enero 10 de 1994) fue al último párrafo del artículo 10, para imponer al Estado la obligación de reparar los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil. Esto se debe a que el responsable de algún delito previsto en la LFPST está obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, médicos, de rehabilitación, funerarios o de cualquier otra índole, que haya erogado el torturado o su familia, como consecuencia del delito.

Este mismo numeral obliga al responsable a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados al torturado o a sus dependientes económicos, cuyo monto fijará el juez tomando en cuenta la magnitud del daño causado, en los casos de: pérdida de la vida, la libertad, ingresos económicos o la propiedad; por alteración de la salud; incapacidad laboral; daño a la propiedad; o, menoscabo de la reputación.

La penalidad prevista (artículo 4) para el delito de tortura, es de 3 a 12 años de prisión, de 200 a 500 días multa (determinados según el artículo 29 del otrora Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal),<sup>85</sup> e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por 2 tantos del lapso de la prisión impuesta.

El tipo penal se amplía en el artículo 5 para el servidor público que, con motivo del ejercicio de su cargo, con cualquier finalidad señalada en el artículo 3, instigue, compela, o autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos; o no evite que dichos dolores o sufrimientos sean infligidos a una persona que esté bajo su custodia.

---

<sup>85</sup> La referencia al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal que hace la LFPST no ha sido actualizada, puesto que la escisión fue posterior ya que se publicó en el DOF de mayo 17 de 1999. Actualmente, en el caso de la materia federal de nuestro estudio, las reglas para la fijación de la sanción pecuniaria permanecen en el mismo artículo (29), aunque del CPF.

Igual sucede cuando un tercero, con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público, inflija dolores o sufrimientos graves (físicos o psíquicos) a un detenido, con lo cual el delito no sólo lo cometen servidores públicos.

El artículo 6 impide al torturador invocar como causas excluyentes de responsabilidad: situaciones excepcionales como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia; y como justificación la orden de un superior jerárquico u otra autoridad.

Al momento en que lo solicite, cualquier detenido deberá ser reconocido, conforme al artículo 7, por perito médico legista; y a falta de éste, o si lo requiere además, por facultativo de su elección, quedando obligado a expedir de inmediato un certificado, y a comunicar a la autoridad si encontró que se han infligido dolores o sufrimientos, de los comprendidos en el primer párrafo del artículo 3.

En este caso se establece el derecho de toda persona privada de su libertad a ser revisado por un galeno, quien tendrá 2 obligaciones: expedir de inmediato un certificado y comunicar a la autoridad si apreció que el detenido fue torturado. Además, en la parte final del artículo 7 de la LFPST, se prevé que la solicitud de reconocimiento médico la pueda formular el defensor del detenido o reo, o hasta un tercero.

Es relevante que cuando algún servidor público en ejercicio de sus funciones conozca de un hecho de tortura, y no lo denuncie de inmediato, incurrirá en el delito previsto en el artículo 11 de la LFPST,<sup>86</sup> el cual es independiente de los que se tipifiquen en “otras leyes”, que en el caso concreto la referencia implícita es tocante al CPF.

De este modo se podría incurrir en el delito de encubrimiento, pero no en los causados al torturado, salvo que con la conducta omisiva se actualice algún grado de participación establecido en el artículo 13 del CPF.

Al respecto, cabe recordar que ésta GI guarda una estrecha relación con las prohibiciones del artículo 22 párrafo primero constitucional, adicionado por reforma publicada en el DOF de diciembre 9 de 2005:

**ARTÍCULO 22.-** *“Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales” [...]*

En nuestro medio la práctica de la tortura oficial ha disminuido al menos en el ámbito federal de nuestro estudio, no así en el fuero común ni en los niveles estatales y municipales. Aunque existen formas

---

<sup>86</sup> **ARTICULO 11.-** *“El servidor público que en el ejercicio de sus funciones conozca de un hecho de tortura, está obligado a denunciarlo de inmediato, si no lo hiciera, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión, y de 15 a 60 días multa, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes. Para la determinación de los días multa se estará a la remisión que se hace en la parte final del artículo 4 de este ordenamiento”.*

encubiertas que sin dejar huella logran intimidar a las personas privadas de su libertad, arrancándoles confesiones, siendo o no responsables.

En este sentido, la organización independiente Amnistía Internacional<sup>87</sup> estima que ciertos aspectos de la jurisprudencia, el derecho penal y los procedimientos legales mexicanos parecen facilitar la tortura a manos de los agentes del orden público. En especial la combinación de facultades de investigación y procesamiento del MPF, y el uso frecuente confesiones policíacas para sustanciar cargos criminales.

Agrega, un estudio de dicho organismo mundial que uno de los aspectos del sistema de justicia criminal mexicano que más propicia la tortura y los malos tratos, es el hecho de que se sigan aceptando confesiones obtenidas bajo coacción durante el interrogatorio inicial, que a menudo constituyen la única prueba por la que se condena al encausado.

Habitualmente tales confesiones se obtienen durante la AP, cuando el detenido está bajo custodia policíaca o del MPF, en donde rara vez tiene acceso a un abogado. A pesar de ello, sigue dándose a tales declaraciones iniciales un peso legal superior a aquellas posteriores donde el inculpado las contradiga afirmando que su primigenia confesión fue bajo tortura.

Entre los métodos de tortura predilectos de las autoridades mexicanas, el documento enlista desde la violencia bruta, el uso de bolsas de plástico y letrinas para asfixiar, o de fuentes domésticas de energía eléctrica, hasta otros más perfeccionados y concebidos para dejar el mínimo de marcas. Así tenemos las bofetadas, puñetazos y patadas en partes sensibles del cuerpo, retorcer o pellizcar los pezones, golpes simultáneos en ambas orejas, y la introducción de agua mineral por las fosas nasales.

El 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito,<sup>88</sup> ha hecho una desafortunada interpretación al respecto, considerando inválida la confesión obtenida por violencia sólo cuando sea la única prueba. Nos parece contradictorio que la tesis por una parte reconozca la invalidez de una confesión obtenida en estas condiciones de violencia, y por la otra mantenga preso al inculpado separando el contenido de la

---

<sup>87</sup> Amnistía Internacional. México. Tortura e Impunidad. Editorial Amnistía Internacional (EDAI). 1ª edición. Madrid, España. 1991. pp. 28, 39 y 40.

<sup>88</sup> "CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS.- *Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y ésta se encuentra aislada sin ningún otro dato que lo robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor; pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado*". Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, tesis número: 473. 2º Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. p. 281. Amparo directo 215/91. José Luis de la Fuente Bautista. Junio 19 de 1991. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 268/91. Aníbal González Chávez. Junio 26 de 1991. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 296/91. Jorge Pérez Balderas. Julio 9 de 1991. Unanimidad de votos. Amparo directo 58/92. Oscar Martínez Quezada. Octubre 13 de 1992. Unanimidad de votos. Amparo directo 283/94. Javier Sánchez Eliosa. Julio 12 de 1994. Unanimidad de votos. **Nota:** tesis número VI.2º.J/346. Gaceta número 85, p. 85; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XV-Enero. p. 78. Esta tesis en su voz y texto coincide con la tesis relacionada con la jurisprudencia número 71 de la Sala Penal de la SCJN, 7ª época, que aparece a fojas 161, 2ª parte. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985.

declaración de la forma en que fue arrancada, y exponiendo que el actuar de la policía fue inconstitucional.

Esta desventurada tendencia se refleja también en la diversa tesis número 530 del Primer Tribunal Colegiado del 6º Circuito,<sup>89</sup> que estima que las violaciones constitucionales cometidas en la detención no anulan la confesión del inculpado, por no ser su análisis competencia del tribunal en el amparo directo.

La incomunicación de un detenido hasta en tanto emita su declaración, en el momento que se le antoje al titular del MPF, debiera considerarse como una forma de tortura *lato sensu*, puesto que es una forma de violencia moral que conduce, en muchos casos, a su propia incriminación forzada.

Todo esto no es más que el resultado de que los detenidos estén bajo la custodia de la misma autoridad que ordenó la retención o bajo la guarda de los subordinados de aquella.

La prohibición de la intimidación y la incomunicación, en parte pretende proteger al inculpado de su incriminación por presiones que reduzca sus opciones de defensa. Sin embargo, la Primera Sala de la SCJN,<sup>90</sup> por contradicción de tesis, delimitó la GI de no ser obligado a declarar y sus agregados, al inhibir el aleccionamiento defensivo por no autorizarse que el inculpado declare con falsedad. Este criterio del

---

<sup>89</sup> “DETENCIÓN SIN ÓRDENES DE APREHENSIÓN Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INculpADO.- *Aun admitiendo que el inculpado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones constitucionales que esa forma de actuar implican no son reclamables en amparo directo, ni pueden ser atribuidas a la autoridad responsable ordenadora y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculpado si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. Este tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este cuerpo colegiado analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso para ejercer las acciones relativas ante las autoridades correspondientes*”. Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, tesis número: 530. Primer Tribunal Colegiado del 6º Circuito. p. 320. Amparo directo 268/88. José Virginio Ignacio Rojas. Octubre 26 de 1988. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 47/89. Jerónimo Aco Huerta. Octubre 18 de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 449/89. José Roney Córdova Ara y otros. Enero 24 de 1990. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 334/91. Oscar Ricardo Garza Martínez y otros. Septiembre 19 de 1991. Unanimidad de votos. Amparo directo 106/92. Cándido Román Sánchez. Septiembre 10 de 1992. Unanimidad de votos. Nota: tesis número VI.1º.J/84. Gaceta número 65, p. 51. Véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XI, mayo, p. 226.

<sup>90</sup> “DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO ‘A’, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- *El artículo 20, apartado ‘A’, fracción II, de la CPEUM establece la garantía específica del derecho del inculpado de no declarar en su contra, la cual supone la libertad de aquél para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a aguardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como la garantía que tiene todo inculpado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o de éstos sin la presencia de su defensor, carecerá de valor probatorio. De dicha garantía no se desprende que el inculpado esté autorizado para declarar con falsedad ante la autoridad, sino solamente a no ser obligado a declarar, pues de las exposiciones de motivos del referido artículo constitucional se infiere que lo que pretendió el Constituyente fue que el inculpado no confesara, por motivos de conveniencia, un delito que no cometió, o que su confesión fuera arrancada por tortura de parte de las autoridades, pretendiendo con ello la veracidad de dicha prueba confesional o, en su caso, que el inculpado tuviera el derecho de guardar silencio. Además, la referida garantía rige todo el proceso penal, incluida la AP, sin que existan limitaciones al respecto por parte de la ley secundaria, ello en términos del último párrafo del apartado ‘A’ del artículo 20 constitucional*”. Tesis aislada número CXXIII/2004. Primera Sala. SCJN. Contradicción de tesis 29/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del 2º Circuito, ahora Primero en Materia Penal del mismo Circuito y el 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Septiembre 22 de 2004.

máximo intérprete de la Constitución, busca evitar “el aleccionamiento” al amparo de la garantía estudiada.

Finalmente, en el mismo sentido, el Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito<sup>91</sup> dispuso que sea tan inadmisibile la fabricación de pruebas para incriminar a un inocente como el aleccionamiento del inculpado por su defensor, por rebasar “los alcances” de la GI.

---

<sup>91</sup> “ALECCIONAMIENTO PREVIO A LA DECLARACIÓN MINISTERIAL Y LA FABRICACIÓN DE PRUEBAS PARA INCRIMINAR A UN INOCENTE U OBTENERLAS DE MANERA CONTRARIA A LA LEY. REBASAN LOS ALCANCES DE LA GARANTÍA DE ADECUADA DEFENSA CONTEMPLADA EN LA FRACCIÓN IX, APARTADO `A` DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.- *La primordial pretensión del proceso penal es el esclarecimiento de un hecho relevante para el derecho punitivo y por ello la sociedad es la primera interesada en que, de resultar delictuoso, se sancione al infractor del orden penal de acuerdo con las normas previamente establecidas, por que es inadmisibile para el sistema de procesamiento criminal y rebasa los alcances de la garantía de adecuada defensa contemplada en la fracción IX, apartado `A` del artículo 20 constitucional, la fabricación de pruebas para incriminar a un inocente con independencia de cuál de las partes la realice, u obtenerlas de manera contraria a la ley, así como el aleccionamiento del inculpado por su defensor previo a la declaración ministerial para obtener, mediante hechos falsos y versiones manipuladas, una sentencia favorable*”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, enero 2005, tesis número XXIII. 1º.25 P. Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito, p. 1709.

#### **4. Cuarta garantía: Derecho a ofrecer y desahogar pruebas, y auxilio para la comparecencia de testigos.**

La fracción V del artículo 20 apartado "A" de la CPEUM, contiene a su vez 3 derechos: que se le reciban testigos y demás pruebas que ofrezca; que se le conceda el tiempo necesario que la ley estime al efecto (entiéndase para su desahogo); y que se le auxilie para obtener la comparecencia de sus testigos, si se encuentran en el lugar del proceso (en nuestro caso, donde se lleva la AP):

##### **ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]**

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

Aunque expresamente la GI no obliga al MPF a desahogar las pruebas ofrecidas (por el inculpado o su defensor), ni tampoco el inciso "e)" de la fracción III del artículo 128 del CFPP, este último por lo menos menciona que cuando el desahogo no sea posible, el juez (de consignarse el asunto) resolverá sobre su admisión y práctica, disposición de la que en la AP se ha abusado.

El artículo 14, punto 3, inciso "b)" del PIDCP contempla el derecho del "acusado" a disponer de medios adecuados para su defensa:

**ARTÍCULO 14, PUNTO 3.-** *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

**INCISO b)** *"A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".*

El tiempo necesario para desahogar probanzas, según el CFPP, queda limitado a que no se entorpezca la AP "a criterio" del MPF. Contra tal voluntad ministerial no hay medio legal de impugnación que pueda tener éxito. Sin embargo, es positivo que se prevea que el MPF tenga que tomar en cuenta las pruebas ofrecidas al momento de dictar la resolución que corresponda, lo que implícitamente lleva no sólo a su valoración sino su motivación fundada para desestimarlas o considerarlas.

Por otra parte, respecto del ofrecimiento y admisión de pruebas, el 5º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en su tesis número I.5º.P.42 P,<sup>92</sup> contempla la procedencia del JA indirecto

---

<sup>92</sup> "PRUEBAS EN LA AP. SI LAS OFRECIDAS POR EL INDIADO EN ESTA ETAPA NO SON ADMITIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO POR SER UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE.- *El artículo 20, apartado 'A', último párrafo, constitucional, reformado mediante decreto publicado en el DOF de julio 3 de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación, establece que: 'Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la AP, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna'; a su vez, la fracción V mencionada, prevé que al inculpado: 'Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso', de lo que se advierte que esa garantía otorgada a los procesados se hace extensiva al periodo de AP, en el cual*

contra la negativa del MPF a admitirlas durante la AP, como acto de ejecución irreparable, por lo que dicho juicio sería el medio idóneo de haber tiempo para su tramitación.

Al ofrecimiento de pruebas también se aplica el artículo 14 de la CPEUM que establece en su primer párrafo que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Y en el párrafo segundo que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Y el párrafo tercero, prohíbe en los juicios del orden criminal, imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna no decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Éste es el principio de legalidad de *nullum crime sine lege* recogido en nuestra Constitución.

---

*el ministerio público resolverá en cuanto a las pruebas que el indiciado ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario para ello y, en consecuencia, si la determinación que al respecto emita el representante social es en el sentido de no admitirlas, puede ser impugnada mediante el juicio biinstancial ante el juez de distrito, pues debe destacarse que es un acto de ejecución irreparable, porque la resolución definitiva con la cual culminaría la AP en perjuicio del indiciado, sería el ejercicio de la acción penal, determinación contra la cual el juicio de amparo indirecto resultaría improcedente, en términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el diverso 21 constitucional, en virtud de que el ministerio público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y, por tanto, no se está en aptitud legal de impedirle que ejerza su facultad exclusiva; en cambio, una vez ejercida la acción penal por el representante social e instaurado el proceso seguido ante el juez de la causa, si surgiera la negativa a admitir las pruebas que el procesado ofreciera, éste puede ser reclamable como violación procesal al promover el juicio de amparo directo, por así establecerlo el artículo 160, fracción V de la Ley de Amparo, lo que no ocurre cuando esa negativa surge durante la fase indagatoria, al no estar contemplada como violación procesal en dicho precepto y fracción".* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, diciembre 2004, tesis número I.5º.P.42 P. 5º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. p. 1424. Amparo en Revisión 865/2004. Septiembre 8 de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: Penélope Aceves Samperio. Amparo en Revisión 1225/2004. Septiembre 22 de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: Penélope Aceves Samperio. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIX, abril 2004, tesis II.2º.P.133 P, de Rubro: *PRUEBAS EN LA AP. CONTRA LA NEGATIVA DEL REPRESENTANTE SOCIAL A ADMITIRLAS PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO POR AFECTAR EL INTERÉS JURÍDICO DEL INDIADO Y TRANSGREDIR SU GARANTÍA DE DEFENSA.* p. 1462.

En cuanto al auxilio para la comparecencia de testigos, se trata de una condición indispensable para el debido desahogo de pruebas, especialmente la testimonial. De este modo, el PIDCP contempla este derecho en su artículo 14, punto 3, inciso “e”:

**ARTÍCULO 14, PUNTO 3.-** *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

**INCISO e)** *“A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.*

Sin embargo las restricciones constitucionales a la comparecencia de personas cuyo testimonio solicite el inculpado, implican que el MPF no estará obligado a auxiliarlo, cuando éstas no residan en el lugar donde se integra la AP o la entorpezcan, lo cual se presta a abusos bajo una interpretación literal en perjuicio de los intereses de la defensa.

La frase “lugar de la averiguación” debiera comprender una región de poblaciones cercanas y no la ciudad específica donde reside el MPF, puesto que no se toma en cuenta la distancia real existente, sino solamente que se trate de la misma urbe. Para ello habrá que atender al acuerdo de creación de la agencia del MPF correspondiente o a la normatividad interna que fije la competencia territorial.

Además es factible que aun y cuando el testigo radique en distinta población pueda transportarse en poco tiempo al lugar de la AP, sin que ello se traduzca en su entorpecimiento. En este caso habrá que considerar el instante dentro del término constitucional de 48 horas (que prevé el artículo 194 *bis* del CFPP), en que se permita el ofrecimiento de testimonios, así como la competencia territorial del MPF actuante.



Por otra parte, la Primera Sala de la SCJN en su jurisprudencia 31/2004<sup>93</sup> ha considerado válido y no violatorio de garantías el desahogo de diligencias por el MPF sin la presencia del inculpado o su defensor.

Esta jurisprudencia indirectamente contraviene la GI en estudio (artículo 20 apartado "A" fracción V constitucional), puesto que la misma no se limita a la recepción pruebas ofrecidas por el inculpado y su defensor, a concederles el tiempo legal necesario y auxiliarles con la comparecencia de sus testigos, sino a participar activamente también en las llamadas pruebas de cargo, para lo cual es indispensable su presencia física.

Además la jurisprudencia señalada, se contrapone con la GI del artículo 20 apartado "A" fracción IX parte final de la CPEUM, por la que el inculpado "también tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso" cuantas veces se le requiera.

También contradice el artículo 128 fracción III inciso c) del CFPP, que otorga al inculpado en la AP el derecho a: "que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación".

Nos parece desafortunado que la jurisprudencia citada dispense al MPF la presencia del inculpado o su defensor en todas las diligencias practicadas en la AP, y que a pesar de esta ausencia les atribuya valor

---

<sup>93</sup> "DEFENSA ADECUADA EN LA AP. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA [CPEUM]).- *Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la [CPEUM], publicadas en el DOF de septiembre 3 de 1993, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso del Unión y de sus debates, se advierte que con la necesidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensivas las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la AP, con la salvedad de que debe ser 'en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma', lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la AP, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la AP la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el ministerio público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la [CPEUM], en el que se considera al ministerio público en la AP como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado". Tesis de jurisprudencia número 31/2004. Amparo directo en revisión 600/99. Domingo Ernesto Rico Villalobos y otro. Abril 17 de 2001. 5 votos. Ponente: Juventino V: Castro. Secretario: Arturo Fonseca Mendoza. Amparo directo en revisión 251/2002. José Modesto Arellano Camacho. Agosto 30 de 2002. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Martha Llamile Ortiz Brena. Amparo directo en revisión 1317/2002. Juan Gerardo Murillo Murillo. Febrero 12 de 2003. 5 votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Ismael Mancera Patiño. Amparo directo en revisión 98/2003. Antonio Martínez Jiménez. Marzo 19 de 2003. 5 votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert. Amparo directo en revisión 1440/2003. Juan Arnoldo Treviño Cuellar. Marzo 10 de 2004. 5 votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.*

probatorio, con el pretexto de no “transgredir” el artículo 16 constitucional, el cual no estipula nada respecto al ministerio público que no sea la retención máxima de 48 horas y la orden de detención en “caso urgente”.

Finalmente, la forma más común de vulnerar la GI que nos ocupa es aprovechar que en cualquier momento del término constitucional de 48 horas es posible ejercitar acción penal válidamente, con lo cual el MPF impide decisivamente el desahogo de pruebas, y hasta su ofrecimiento.

Muchas veces se integra la AP con todas las pruebas de cargo y hasta el final se recaba declaración del inculpado, incluso ya teniendo elaborado el pliego de ejercicio de la acción penal, dejando sólo espacio para incrustar la declaración y consignar. Y es en ese instante cuando se le nombra y da intervención al defensor, quien difícilmente alcanzará a cumplir con su función a tiempo.

Para protegerse, el MPF puede darle a firmar al inculpado la constancia de que habla el párrafo final del inciso “f)” de la fracción III del artículo 128 del CFPP, donde aparezca que se le informaron sus derechos y que a pesar de ello no manifestó nada al respecto.

## 5. Quinta garantía: Facilitación de datos para defenderse.

La fracción VII permite al inculpado y a su defensor que se les faciliten todos los datos que soliciten para su defensa (y que consten en la AP):

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]

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

Sin embargo, esta GI que queda limitada por el artículo 128 fracción III inciso d) del CFPP a que la consulta sea en la oficina del MPF y en presencia de su personal.

No existe fundamento en cuanto al momento exacto para ejercer éste derecho, como tampoco lo existe para que se decida a capricho del MPF, generalmente hasta que el inculpado es excarcelado para su declaración indagatoria, instante en que la dilación constitucional de las 48 horas ya estará muy avanzada, y por tanto ya será tarde para preparar una defensa adecuada.

No debe haber duda en que el acceso al expediente debe ser desde que el inculpado es detenido o se presenta voluntariamente ante el MPF, conforme con el párrafo primero del artículo 128 del CFPP que determina proceder de inmediato haciéndole saber éste y los demás derechos constitucionales.

Por tanto, la práctica de enterar al detenido (o presentado) del contenido de la AP hasta que se produce su declaración indagatoria, es ilegal.

En el ámbito internacional, el artículo 9, punto 2, del PIDCP tiene relación tanto con ésta GI como con la que se analizará en el siguiente segmento:

ARTÍCULO 9, PUNTO 2.- *“Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”.*

También, es aplicable a esta GI lo ya expuesto en el capítulo anterior<sup>94</sup> sobre el derecho a la información, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y el derecho a obtener copias. El Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito<sup>95</sup> con relación a la prohibición de expedir copias, en

<sup>94</sup> *Supra*. Cap. I, pp. 65 y ss.

<sup>95</sup> “SIGILO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LOS ARTÍCULOS 3 FRACCIÓN V, INCISO H) Y 8, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO DE ZACATECAS, VULNERAN LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA, AL CONTEMPLAR LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE EXPEDIR COPIAS DE ACTUACIONES AL INDICIADO CON BASE EN EL ALUDIDIO PRINCIPIO.- *Los preceptos legales mencionados prevén la existencia del Principio de Sigilo como rector de la conducta de dicha institución y la facultan para que niegue la expedición de copias certificadas o simples de constancias o registros que obren en su poder, cuando con ello se quebrante o afecte dicho principio; por su parte, el artículo 20, apartado A, fracciones VII y IX, último párrafo, constitucional, establece que al inculpado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, siendo esa garantía observable durante la AP inclusive, en los términos y con los*

la normatividad común del ministerio público en el Estado de Zacatecas, ha estimado que vulnera la garantía de defensa adecuada del artículo 20, apartado "A", fracciones VII y IX de la CPEUM.

Se deben expedir copias de lo actuado en la AP al inculpado, como se advirtió al analizar el artículo 16 párrafo segundo del CFPP, puesto que es la única manera de poder estudiar todo el expediente con tranquilidad, en el lugar de elección del indiciado y su defensor, para planear la estrategia de defensa a seguir, lo que difícilmente ocurre si se revisa el expediente en las oficinas del MPF frente a su personal.

Esto no implica pasar por alto que el artículo 23 del CFPP establece que sólo al MPF se podrán entregar los expedientes para su estudio fuera del local del tribunal, a diferencia de las demás partes que intervengan (como lo es el inculpado e incluso el ofendido) que se impondrán de los autos en la secretaría del tribunal con las medidas necesarias para evitar su destrucción, alteración o sustracción. Ya que en el caso concreto se trata de simples copias, no de la AP original.

Finalmente, la circular número C/06/96,<sup>96</sup> emitida por el entonces titular de la PGR, Jorge Madrazo Cuellar, recuerda que violar el artículo 16 del CFPP<sup>97</sup> es delito federal y da lugar a sanciones penales y administrativas, por lo que con absoluto respeto al derecho a la información el conducto para proporcionarla a la sociedad es la Dirección de Comunicación Social de dicha dependencia, y en casos concretos, los funcionarios autorizados para ello.

El maestro Raúl F. Cárdenas Rioseco,<sup>98</sup> considera inaceptable que se pretenda restringir la información de las constancias durante la AP "y aun antes de que el inculpado rinda su declaración", puesto que en un sistema procesal acusatorio es indispensable tener conocimiento de lo actuado para "poder ejercer en forma efectiva el derecho de defensa", con independencia de que se trate de sede administrativa o judicial, puesto que no tiene que esperar a estar tras las rejas para poder defenderse.

---

*requisitos y límites que las leyes establezcan. No obstante, la facultad conferida al legislador secundario para regular el ejercicio de esa garantía, de ninguna manera puede considerarse una atribución para someter la AP y actuación del ministerio público al principio de sigilo, porque de hacerlo así rebasa los límites impuestos por el Constituyente de 1917, el cual desterró de nuestra ley fundamental los procedimientos secretos a que se refiere el mencionado principio, al señalar que las diligencias secretas y procedimientos ocultos no aseguran una recta impartición de justicia, por el contrario, fomentan la acción arbitraria y despótica de los oficiales públicos, sean éstos jueces, agentes o sus escribientes; por tanto, los artículos 3, fracción V, inciso h), y 8, párrafo tercero, de la Ley Orgánica del Ministerio Público del estado de Zacatecas, vulneran la garantía de defensa adecuada prevista en el artículo 20, apartado 'A', fracciones VII y IX constitucional".* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXI, enero 2005, tesis número XXIII. 1º. 27 P. Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito. p. 1864. Amparo en revisión 153/2004. Julio 8 de 2004. Mayoría de votos. Disidente: José Benito Banda Martínez. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretaría: María de San Juan Villalobos de Alba.

<sup>96</sup> Publicada en el DOF de diciembre 10 de 1996. Primera Sección. Artículo segundo y cuarto de la circular número C/06/96 del titular de la PGR, p. 23.

<sup>97</sup> *Supra.* Cap. I, p. 67.

<sup>98</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl F. *El Derecho de Defensa en Materia Penal. (Su Reconocimiento Constitucional, Internacional y Procesal)*. Editorial Porrúa, 1ª edición, México, D.F. 2004, p. 61.

El pretexto aducido para no prestar expedientes para su consulta, es que apenas está en proceso de formación o que están siendo ocupados por el personal del MPF para su integración. ¿Cómo le pueden prestar algo que aún no existe? Sin embargo, en este caso estimamos que la autoridad debe facilitar al inculpado y a su defensor lo que tenga en su poder, así sea el solo oficio de puesta a disposición o el informe o parte de detención.

## 6. Sexta garantía: Información de derechos constitucionales.

Finalmente, la fracción IX confiere la GI de una adecuada defensa, la cual se traduce en 4 derechos: que se le informen sus derechos constitucionales desde el inicio de su proceso (AP); defenderse por sí, por abogado, o por persona de su confianza; que se le designe defensor de oficio cuando no quiera o no pueda nombrar defensor; y que éste comparezca obligatoriamente en todos los actos del proceso. En este segmento nos ocupamos del primero de ellos:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]

**FRACCIÓN IX.-** *“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución” [...].*

Como ya se señaló,<sup>99</sup> en el ámbito internacional el artículo 9, punto 2, del PIDCP no obstante que se refiera a las razones de la detención, impone la obligación de notificar sin demora la acusación, lo cual en un sentido amplio abarca la información de aquello a lo que tiene derecho.

Los derechos constitucionales que el MPF hará saber de inmediato al inculcado se enumeran en 7 incisos del artículo 128 fracción III del CFPP (concernientes a la AP). Esta GI debiera ser la primera en el orden de las fracciones establecido en la CPEUM, porque no es posible ejercer lo que no se conoce, de ahí la importancia de la prelación lógica. De otro modo, qué caso tendría conocer aquellos derechos que pudo haber exigido y no lo hizo por no saberlo a tiempo.

Esta GI se detalla en el artículo 128 fracciones II y III del CFPP,<sup>100</sup> del que llama la atención que el último párrafo del inciso “f)” de la fracción III indicada, establece que se dejará constancia en actuaciones de que se informaron al inculcado sus derechos. Así, cuando llegue el inculcado (detenido o presentado “voluntariamente”) el MPF procederá de inmediato a hacerle saber la imputación existente y el nombre del denunciante o querellante, así como los derechos que particularmente en la AP le otorga la CPEUM.

---

<sup>99</sup> *Supra.* Cap. II, p. 175.

<sup>100</sup> *Cfr.* Nota # 170.

El maestro Raúl Guillén López, considera al respecto que el propósito de que el CFPP exija al [MPF] dejar constancia, es evitar que se viole ésta garantía:

*“Sin duda, con ello se demuestra la poca confianza hacia el ministerio público, pues se le exige que deje constancia de haber respetado esta GI”.<sup>101</sup>*

No obstante, este mecanismo implementado por el legislador no impide que se viole la GI apuntada, puesto que en la práctica se simula que al inculpado le informaron sus derechos, cuando en realidad casi nunca ocurre. Únicamente le dan a firmar una hoja impresa con esos derechos estando detenido, sin explicarle nada, cubriendo así el requisito pero cancelando la menor posibilidad de que tales derechos sean hechos valer.

La falta de información de derechos está ligada al problema de su violación, puesto que aunque diversos organismos protectores de los DH, como la propia Comisión Nacional, han difundido y hecho públicas las GI que conforme con la CPEUM deben respetarse a favor de las personas que se encuentran en calidad de detenidas ante el MPF, el esfuerzo ha sido insuficiente.

La búsqueda de salidas capaces de marcarle el alto a la simulación y revertirla con éxito, para que ésta práctica deje de ser la regla y por lo menos sólo sea la excepción, inicia dando a conocer éstos derechos a la población (potenciales agraviados o inculpados), pero sobretodo concientizando a las autoridades obligadas a respetarlos. De este modo, los temas ya tratados<sup>102</sup> del derecho a la información y la expedición de copias vuelven a aparecer tratándose de la GI en estudio.

---

<sup>101</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, pp. 126 y 127.

<sup>102</sup> *Supra.* Cap. I, pp. 65 y ss.

## **7. Séptima garantía: Defensa adecuada.**

Como se ha señalado, la fracción IX, del artículo 20 apartado "A" constitucional determina la base mínima de la defensa penal como GI, al establecer que en todo proceso de orden penal, desde el inicio, el inculpado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución.

Asimismo, consagra el derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Dicho defensor está obligado a comparecer en todos los actos del proceso cuantas veces se le requiera:

### **ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL [...] APARTADO A) [...]**

**FRACCIÓN IX.-** *"Desde el inicio de su proceso [...] tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera".*

En el plano internacional el PIDCP contempla el derecho a la defensa en su artículo 14, punto 3, inciso "d)":

**ARTÍCULO 14, PUNTO 3.-** *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

**INCISO d)** *"A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".*

Por otra parte, la fracción II del citado apartado "A", al prohibir que el inculpado sea obligado a declarar, y establecer que toda incomunicación, intimidación o tortura se sancionará por la ley penal, se garantiza la asistencia del defensor en toda confesión ante ministerio público o juez, bajo la pena de carecer de valor probatorio, al igual que si se emite ante cualquier autoridad distinta de las citadas.

Ello se complementa con la fracción VII del apartado y numeral referidos, que establece como GI del inculpado que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Procesalmente, al amparo del "principio de contradicción" debe existir un verdadero contrapeso en la investigación de los delitos, el cual debe ejercerse por la defensa, sea pública o privada, o en su caso por la



llamada “persona de confianza” (cuando en realidad lo sea y conozca el derecho), sólo de esa manera la GI será adecuada.

El derecho a defenderse, en la practica común de las agencias del MPF, inicia a partir de la declaración indagatoria, momento en que se permite que el inculpado haga el nombramiento y que el abogado acepte el cargo, por lo que se pierde tiempo valiosísimo en la instrumentación de una verdadera defensa, que generalmente se hace “sobre las rodillas” ante la premura del término de 48 horas en caso de detenidos.

Es evidente que una defensa llevada por el mismo inculpado o su “persona de confianza”, cuando carezcan de cédula profesional de abogado, no será adecuada, por lo que el juez<sup>103</sup> en esos casos nombra un defensor de oficio, hoy defensor público federal, para que los asesore y conjuntamente lleve la defensa. Pero en la AP el MPF no está obligado a ello de presentarse el caso, por lo que se propone que ésta disposición sea también aplicable a dicho procedimiento inicial.

Con base en una encuesta practicada a 10 defensores públicos federales del Estado de Sonora, el maestro Guillén López,<sup>104</sup> encontró que todos consideraron a la “persona de confianza” incapaz de llevar una defensa adecuada.

No se puede perder de vista que el derecho a elegir y hacer el nombramiento corresponde originalmente al mismo inculpado, y en su imposibilidad o negativa al MPF.

---

<sup>103</sup> ARTÍCULO 160.- [...] PÁRRAFO SEGUNDO.- *“Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior [defensores presos, procesados o condenados por responsabilidad profesional o ausentes que no puedan acudir en 24 horas], el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.* Adición publicada en el DOF de enero 10 de 1986. Conforme con éste numeral solamente un “tribunal”, entendido el término en sentido amplio de tal modo que abarque a un juzgado, podrá realizar el nombramiento cuando el defensor designado por el inculpado o su “persona de confianza”, carezcan ya no de título sino de cédula profesional.

<sup>104</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, pp. 219 y 220.

El magistrado César Esquinca Muñoa,<sup>105</sup> denuncia como en la práctica, con frecuencia, se deja en indefensión al inculpado impidiendo la actuación de la Defensoría Pública en la AP, y cita como ejemplo extremo la designación de persona de confianza que recaía en quien hacía la limpieza en una agencia de Ciudad Constitución, Baja California Sur.

*“formalmente se asienta que el indiciado nombró para que lo defendiera a persona de confianza, cuando en realidad no conoce al designado y menos le tiene confianza. Lo que ocurre es que precisamente para evitar la intervención del defensor público, que afecta sus intereses, el propio [MPF] hace la designación y esto permite suponer que el supuesto defensor en efecto es persona de confianza, pero del ministerio público y no del indiciado”.*

Por otra parte, la obligación del defensor (público o privado) de comparecer a todo acto del proceso (AP) cuantas veces sea requerido,<sup>106</sup> nos parece excesiva pues ello debe quedar a elección del inculpado y su defensor. Se coincide con el doctor García Ramírez en lo infortunado de la expresión, pues “es imposible que el defensor comparezca en todos los actos [...], sino sólo en los [...] de desahogo de pruebas”.<sup>107</sup>

Al elegir defensor hay que considerar: la manera cómo un caso llega a sus manos; lo que encuentra al examinar el expediente; los errores e irregularidades en el procedimiento; y si demuestra suficiente ética profesional o le hace falta. Al respecto, en nuestro medio existen 2 formas de obtener la libertad de un detenido ante el MPF: Repartiendo dinero; y, conforme a derecho.

Llevar a cabo la primera no exige contar con un título de abogado, basta ser hábil “negociador de libertades”; mientras que la segunda es para el verdadero defensor, el honesto, el técnico del derecho.

No hace falta recalcar cuál de los 2 caminos apuntados es más práctico, redituable o mucho más rápido. El cliente quiere efectividad, cueste lo que cueste. La lamentable respuesta para nadie es secreto: se llama corrupción. Este trabajo pretende acotarla teóricamente, cerrarle puertas y encauzar la defensa penal durante el procedimiento de AP en el ámbito federal, por la senda de la estricta legalidad.

---

<sup>105</sup> Esquinca Muñoa, César. *La Defensoría Pública Federal*. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2003. p. 161.

<sup>106</sup> *Cfr.* Cap. II, pp. 173 y ss.

<sup>107</sup> García Ramírez, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, D.F. 1995, pp. 107 a 110. *Cit.* por Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, p. 140.

Perder la libertad es de por sí tremendo como para agravar la desgracia del inculpado y su familia, con el “cobro” de cantidades indebidas, para poder recuperarla. Pero, ¿de dónde sale el dinero que alimenta este tipo de dádivas? Ese dinero no proviene del “crimen organizado”, ni de los ricos y poderosos, sino de la angustia, del miedo, de la ignorancia; de la casa de empeño; del agiotista; de los ahorros de toda una vida; o, de quedarse sin comer los próximos días.

El magistrado César Esquinca Muñoa,<sup>108</sup> alerta sobre la práctica incorrecta de los “defensores simulados” como ocurrió en Tenosique, Tabasco, donde aparece que:

*“los indiciados designan a particulares para que los defiendan, pero el abogado siempre es el mismo y después de consignados se advierte que no hubo libre designación, sino que ese abogado, que actúa en combinación con el [MPF], les fue impuesto por éste con fines fáciles de comprender que nada tienen que ver con los intereses de los detenidos”.*

La aplicabilidad de la defensa adecuada en la AP está fuera de duda, pues como se recordará, el último párrafo del apartado “A”, del artículo 20 constitucional, desde la reforma publicada en el DOF de julio 3 de 1996, estipula que “las GI previstas en las fracciones I, V, VII y IX” también se observarán durante la AP, “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”, sin que lo previsto en la fracción II se sujete a condición alguna.

De manera más completa, el artículo 128 fracción III de la ley adjetiva citada señala que cuando el inculpado sea detenido o se presente voluntariamente ante el MPF, de inmediato le hará saber los derechos que le otorga la CPEUM y, particularmente en la AP, con relación al defensor de los 4 siguientes:

- a-** No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;
- b-** Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, y si no quisiere o no pudiere nombrarlo, se le designará un defensor de oficio;
- c-** Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la AP; y,
- d-** Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la AP, permitiendo al inculpado y a su defensor consultar el expediente, en la oficina del MPF y en presencia de su personal.

La fracción IV del referido numeral 128, va más allá, al prever que un traductor le haga saber los anteriores derechos al detenido extranjero o perteneciente a un pueblo o comunidad indígena, que no hable o no entienda suficientemente el español. Y tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que

---

<sup>108</sup> Esquinca Muñoa, César. *Op. Cit.* Nota # 255, p. 166.

lo asistan, deberán además conocer su lengua y cultura. Mientras que si se tratare de extranjeros, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

El derecho a la defensa se extiende en el artículo 127 *bis* del CFPP, según el cual no sólo los inculcados sino cualquier persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él, y a que éste pueda impugnar las preguntas que se hagan al declarante, si éstas son inconducentes o contra derecho, aunque sin poder inducir ni producir las respuestas de su asistido.

Al respecto la Primera Sala de la SCJN, en su tesis aislada número CXXIV/2004<sup>109</sup> ha diferenciado el derecho de defensa de la no auto-incriminación, ciñendo la primera a las fracciones IV, V, VI y VII del apartado "A" del artículo 20 constitucional, siendo: el derecho a carearse; a ofrecer pruebas; a obtener datos que consten en el expediente; a ser informado de sus derechos constitucionales; a ser asistido por un defensor o persona de su confianza; y, a ser juzgado en audiencia pública.

Por otra parte, así como se señaló que el MPF cuenta con derechos propios, también los defensores tendrían los suyos, aunque los mismos no están previstos en ninguna legislación.<sup>110</sup> Sin embargo, en la medida en que los derechos del defensor sean ejercidos y respetados, mejor será el servicio de defensa que se brinde al inculcado, ya que muchos de ellos tienen que ver con el mejor desempeño de sus funciones y están relacionados directamente con sus clientes.

Como se ha visto existen claras diferencias entre el defensor público federal y el privado, y por añadidura la "persona de confianza", a la luz de la GI de adecuada defensa, con las particularidades e implicaciones de que la defensa sea llevada por cada uno de ellos. Por ser la única reglamentada, en seguida se abunda sobre la defensa pública federal.

---

<sup>109</sup> "DERECHO DE DEFENSA. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.- *El derecho genérico de defensa se distingue de la garantía de no autoincriminación ya que otorga al inculcado el derecho a una defensa adecuada mediante actos positivos, mientras que la segunda garantía referida, supone, supone la inactividad del sujeto sobre el que recae la imputación, es decir, el derecho frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable, el derecho de defensa recae en otros derechos subjetivos comprendidos en las fracciones IV, V, VI y VII del apartado 'A' del artículo 20 de la CPEUM, que consisten en la facultad de carearse con quien deponga en su contra, ofrecer pruebas para comprobar su inocencia, obtener los datos que constan en el expediente, ser informado de los derechos que a su favor consigna la Constitución, ser asistido por un defensor o persona de su confianza y ser juzgado en audiencia pública. Consecuentemente, el derecho de defensa comprende derechos específicos en los que el inculcado puede manifestarse activamente para probar su inocencia y las correlativas obligaciones de la autoridad de proveer la información necesaria para una defensa adecuada, así como de desahogar las pruebas que ofrezca*". Tesis aislada número CXXIV/2004. Primera Sala de la SCJN. Contradicción de tesis 29/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del 2º Circuito, ahora Primero en Materia Penal del mismo Circuito y el 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Septiembre 22 de 2004. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

<sup>110</sup> Entre ellos se podrían incluir los 10 siguientes: 1.- Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza; 2.- Tener a su disposición los recursos necesarios que requiere su práctica profesional; 3.- Laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional; 4.- No ser obligado a garantizar resultados en determinado sentido, en los casos de defensa que atienda; 5.- Recibir trato respetuoso por parte de los defendidos y sus familiares, así como del MPF o juez, y de sus auxiliares; 6.- Salvaguardar su prestigio profesional; 7.- Acceder a cursos de actualización jurídica continua, así como a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión; 8.- Ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo escalafonario; 9.- Asociarse para promover sus intereses profesionales y; 10.- Percibir remuneración digna por sus servicios prestados.

En mayo 28 de 1998, se publicó en el DOF la Ley Federal de Defensoría Pública (en adelante, LFDP), acompañada de otras reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con lo cual se abrogó la antigua Ley de Defensoría de Oficio Federal.<sup>111</sup> A partir de entonces, se transfirieron los recursos humanos y materiales al recién creado Instituto Federal de Defensoría Pública (en adelante, IFDP), como órgano auxiliar<sup>112</sup> del Consejo de la Judicatura Federal.

Según el artículo 11 de la LFDP, el servicio de defensoría pública ante el MPF implica: la atención inmediata de solicitudes de defensa del indiciado o MPF; la entrevista personal al defendido para conocer su versión, argumentos y pruebas; la asistencia jurídica en su declaración ministerial y demás diligencias; el análisis del expediente; la petición de libertad caucional e inejercicio de la acción penal procedentes; las promociones necesarias; la continuidad y uniformidad de defensa; y, la información del trámite a seguir.

Asimismo, el artículo 21 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del IFDP<sup>113</sup> prevé los 2 supuestos que comprende la función del defensor público federal en la AP: La asistencia jurídica conforme al artículo 127 *bis* del CFPP; y, la defensa pública, que inicia con la entrevista al inculcado, continúa con la intervención en las declaraciones y demás diligencias practicadas ante el MPF, y concluye cuando se ejercite o no se ejercite acción penal.

Además de las obligaciones del defensor público federal en AP establecidas en el artículo 20 apartado "A" fracciones I, V, VII y IX de la CPEUM, en los artículos 127 *bis* y 128 fracción III del CFPP, y en el citado artículo 11 de la LFDP; el artículo 23 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del IFDP señala 3 más, una procesal y 2 administrativas internas:

- Promover cuando sea procedente el JA contra la orden de aprehensión con motivo de la consignación;
- Informar de inmediato al delegado del IFDP y a la unidad de defensoría pública y evaluación en materia penal de los asuntos en que intervenga; y,

---

<sup>111</sup> La Ley de Defensoría de Oficio Federal se publicó en el DOF de febrero 9 de 1922.

<sup>112</sup> Conforme con el artículo 88 último párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el IFDP estará vinculado al Consejo de la Judicatura Federal, exclusivamente, administrativa y presupuestalmente, y gozará de independencia técnica y operativa. Tanto al Director General del IFDP como la Junta Directiva serán nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal.

<sup>113</sup> Publicada en el DOF de noviembre 26 de 1998 (Casi 6 meses después de publicada la LFDP). Dicho documento no es producto del proceso legislativo sino de la aprobación unánime de los 7 miembros de la Junta Directiva del IFDP, conforme con la facultad de dicho órgano derivada de los artículos 29 fracción VII y séptimo transitorio de la LFDP. Las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del IFDP han sufrido 2 reformas a la fecha, publicadas en el DOF de febrero 19 de 2002 y septiembre 13 de 2004.

- Coordinarse estrechamente con el defensor público federal adscrito al juzgado donde se consigne al inculpado, remitiendo la información necesaria para la continuación del servicio.

La solicitud de defensor público puede hacerla el inculpado, quien va a rendir declaración, el MPF, algún familiar o cualquier persona si el defendido está detenido, conforme con el artículo 22 de las citadas bases.

El objeto de la LFDP es regular la prestación de este servicio obligatorio y gratuito, en asuntos de competencia federal, bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo, garantizando el derecho de defensa penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica.

Conforme con la tesis número 91/2001,<sup>114</sup> de la Primera Sala de la SCJN, que resolvió la contradicción de tesis 87/99-PS, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito y el 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, el título profesional se exige sólo al defensor público.

En cambio un defensor privado no lo requeriría en principio como se desprende del criterio anterior. No obstante que el artículo 5 constitucional y su ley reglamentaria para el ejercicio de las profesiones, hace posible que cualquier abogado o licenciado en derecho se haga cargo válidamente de la defensa de un inculpado en la AP. La CPEUM y el CFPP permiten incluso que la defensa se lleve a cabo por una “persona de confianza”, que no necesariamente debe contar con título o cédula profesional.

Finalmente, el contenido del numeral 128 del CFPP aparece también en el acuerdo número A/017/00,<sup>115</sup> del titular de la PGR, “por el que se establecen los lineamientos que deberán seguir los agentes del MPF, respecto de la actuación de los defensores en la AP”. Y su artículo sexto permite al defensor:

I] Entrevistarse con el inculpado para conocer de viva voz su versión de los hechos, y los argumentos y pruebas que puedan servir para su defensa; II] Asistir jurídicamente al inculpado durante su declaración ministerial y demás diligencias; III] Intervenir en las declaraciones del defendido sin inducir sus respuestas, y manifestar en su nombre lo que a su derecho convenga respecto de las pruebas de cargo;

---

<sup>114</sup> “DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO.- La fracción IX del artículo 20 de la CPEUM prevé 3 formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del CFPP, en lo conducente señala que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el MPF, deberán hacerse saber los derechos que le otorga la [CPEUM], entre otros, el de: ‘Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiese designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio’. Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o ministerio público) debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, fracción II, de la LFDP, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona”. Tesis número 91/2001. Primera Sala de la SCJN. Resolución de la contradicción de tesis 87/99-PS, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del 23º Circuito y el 2º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, (Junio 27 de 2001. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Ausente: Humberto Román Palacios).

<sup>115</sup> DOF. Lunes 3 de julio de 2000. Primera sección. p. 69.

**IV]** Acceder a las constancias del expediente para contar con elementos suficientes para una adecuada defensa, salvo la reserva de actuaciones del artículo 13 de la LFCDO; y, **V]** Ofrecer pruebas e intervenir en su desahogo, siempre que no se entorpezca la AP y los testigos ofrecidos se encuentren en el lugar donde se lleva a cabo.

Además, el artículo octavo del señalado acuerdo establece que cuando se designe un nuevo defensor, el MPF hará constar en la AP la revocación del anterior nombramiento; el reconocimiento de personalidad del nuevo defensor y que se le hicieron saber a éste los derechos del multireferido acuerdo.

El artículo noveno de este acuerdo, obliga al MPF a observar las disposiciones de la LFDP y de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del IFDP, con lo cual se rompe el pretexto aducido por dichos servidores públicos en cuanto a la obligación de respetar éstas últimas por no emanar del poder legislativo, y normar la organización y funcionamiento del IFDP y los servicios a su cargo, más no de la PGR.

Para concluir, se hace referencia a la adición del artículo 243 bis del CFPP, publicada en el DOF de junio 6 de 2006, que establece que “no estarán obligados a declarar sobre la información que reciban, conozcan o tengan en su poder: (fracción I) los abogados, consultores técnicos y los notarios, respecto de los cuales hubieran intervenido y tengan información que deban reservarse para el ejercicio de su profesión”. Al que viole lo anterior se le aplicarán las penas que correspondan del artículo 215 o 225 del CPF.

Esto implica una excepción al artículo 242 del mismo CFPP, que establece que “toda persona que sea testigo está obligada a declarar respecto a los hechos investigados”, que es parte de la ética profesional de no divulgar información obtenida por su condición de confidente, y se extiende a los ministros religiosos, los periodistas, servidores público con el deber de guardar reserva o secreto profesional, y los médicos cirujanos o especialistas y psicólogos clínicos (fracciones II a V).

Sin embargo, en el penúltimo párrafo de éste nuevo artículo se estableció la excepción de la excepción, para el caso de que alguna de estas personas manifieste su deseo de declarar, lo pueda hacer haciéndose constar dicha circunstancia, y siempre y cuando se cuente con el consentimiento expreso de quien les confió el secreto, información o confesión.



### III. Las atribuciones ministeriales en la integración de averiguaciones previas.

Al igual que en el capítulo precedente, el punto de inicio lo constituyen los autores que han encontrado y comprobado, en sus investigaciones, que la violación de GI del inculpado por el ministerio público es habitual. Así, por ejemplo, citamos a los maestros Alicia González Vidaurri, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, quienes sostienen que:

*“El discurso y la argumentación son los medios ideales para construir la realidad-verdad que se requiere, dando a los juristas y a la sociedad la respuesta jurídica adecuada para las circunstancias. Pero esa respuesta, toma del derecho pequeñas partes para darle un cariz de legalidad y respeto a los ritualismos.*

*“Así, el ministerio público en el acta de consignación se cuida de que [...] se están respetando las GI, aunque se hayan violado todas las demás, en la detención o en la construcción del expediente”.<sup>116</sup>*

Por otra parte, el maestro Miguel Sarre,<sup>117</sup> considera que al dirigir el ministerio público la AP sin supervisión o control ordinario de ningún órgano de autoridad externo, la posibilidad de control por el inculpado (o quien lo represente), queda condicionada a la propia estructura jurídica de la AP:

*“Una de las consecuencias [...] es que las declaraciones rendidas ante el ministerio público durante la AP tienen mayor valor probatorio que las producidas ante autoridad judicial, de lo que resulta la siguiente conclusión: cuando menores garantías tiene el acusado, mayor es el valor de las pruebas; mientras que, en la medida en que cuenta con mayores garantías (ante el juez), se reduce el valor de las pruebas.[...] cuando el acusado ya cuenta con todas las garantías, prácticamente éstas ya no le sirven”.<sup>118</sup>*

En efecto, en el otro extremo de la bipolaridad (agraviado-inculpado), se sitúan las constantes violaciones a las GI del inculpado por parte del mismo MPF, agravadas con la imposibilidad técnica-legal y operativa de que su defensor pueda evitarlas.

Y cuando la única salida parece ser la espera frustrada (incluso con privación de la libertad), de que la autoridad judicial respete y repare, en la medida que sea resarcible, lo que debió observarse desde antes de la radicación de un expediente, el resultado muchas veces es el mismo: algunos jueces terminan por validar las arbitrariedades ministeriales.

---

<sup>116</sup> González Vidaurri, Alicia; Gorenc, Klaus-Dieter; y Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. Cit.* Nota # 146, p. 145. También: *Cfr.* Cap. I, pp. 22 y 23.

<sup>117</sup> Sarre, Miguel. Artículo: “Control del Ministerio Público”. *Anuario de Derecho Público*, Número 1. Los Controles Constitucionales. Editorial McGraw Hill e Instituto Tecnológico Autónomo de México. 1ª edición. México, D.F. 1998. p. 136.

<sup>118</sup> *Art. Cit.* p. 140.

El maestro Miguel Sarre, deja claro el descontrol, en mayor o menor grado, sobre la actividad de la institución del ministerio público, que a lo largo de éste siglo adquirió fuerza y poder desorbitados:

*“Esta falta de controles ante los excesos y defectos; ante la violencia extrema en unos casos y la inmovilidad absoluta en otros, ha encontrado sustento y justificación en falacias ampliamente propaladas y repetidas como estas 5:*

*1- El ministerio público es una institución de buena fe [...]; 2- El ministerio público actúa como autoridad imparcial durante la AP y posteriormente asume el carácter de parte [...]; 3- El ministerio público tiene el monopolio de la acción penal [...]; 4- El ministerio público debe proteger el interés social y salvaguardar la seguridad pública por encima de los derechos de los individuos [...]; [y] 5- La seguridad nacional prevalece sobre las GI”.<sup>119</sup>*

En este sentido, el maestro Raúl Guillén López, enfatiza la preocupación por encontrar un procedimiento penal en México que garantice la eficaz persecución de los delincuentes y al mismo tiempo solucionar el grave problema de violación sistemática de GI a los indicados en el procedimiento penal.

Asimismo, califica de ineficaz al actual sistema jurídico de protección de GI, pues a pesar de que los 3 poderes de la unión tienen facultad de intervenir: “las GI en la etapa de AP son violadas impunemente”<sup>120</sup> por el MPF. Para ello propone reformar los artículos 20 y 102 constitucionales.

A estas opiniones, que por supuesto no son únicas, se suman los informes, recomendaciones, quejas y datos estadísticos emitidos por organismos gubernamentales de DH en el país, lo que lleva a la necesidad proteger las GI de los inculpados ante los abusos no solo del MPF sino del juez.

Ahora bien, en seguida se revisa la actividad del MPF en la AP para identificar cómo es que la legislación favorece éstas iniquidades: como se ha señalado, los altos índices delictivos podrían explicarse parcialmente a partir de la situación económica,<sup>121</sup> pero también de la etapa de descomposición generalizada que se vive en la familia, la educación y el empleo, a lo que se suma la ausencia de verdaderos programas sociales y de empleo productivo.

Más que reformar leyes, capacitar y educar a la gente, hacer limpias en los cuerpos de seguridad, aplicar exámenes *antidoping* y de capacidad, se requiere atacar una de las causas de origen más importante: la miseria. Pero mientras ello ocurre, a la par se necesita romper con la coalición de intereses criminales que se han desatado. Si la corrupción no puede acabarse por lo menos la impunidad sí podría disminuir.

---

<sup>119</sup> *Art. Cit. pp. 148 y 149.*

<sup>120</sup> *Guillén López, Raúl. Op. Cit. Nota # 169, pp. 353 y 354.*

<sup>121</sup> *Supra. Cap. I, p. 20.*

Cuando se habla de “organizaciones criminales”, parece no haber respuestas para saber quién protege a los delincuentes, quién los organiza y está detrás. Y en medio de todo esto se asoma la política. Siempre a partir del conflicto, cargada de tensiones surgidas de un conjunto de palabras, diferencias e intereses. Pero no basta el discurso de inconformidad, también se debe proponer qué hacer y cómo hacerlo.

Últimamente a la PGR le ha dado por abrir agencias del MPF para el “combate al narco-menudeo” ¿Será acaso el reconocimiento tácito de la impotencia de esta institución? ¿Será el único nivel que puede o le interesa atacar? ¿Y el “narco-mayoreo” que surte a los pequeños cuándo?

Hasta ahora se han pretendido esclarecer las causas por las cuales las GI de observancia obligatoria a favor de las personas inculpadas en la AP, no son ejercidas a plenitud, y en cambio se simula su respeto por el MPF para validar con una falsa “legalidad” sus actuaciones en detrimento de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

La principal respuesta apunta al mismo sistema legal en vigor que lo permite, pues como se ha visto ésta explicación se ha confirmado válidamente, con la revisión hecha en este capítulo de los aspectos técnicos y estructurales de las GI del artículo 20 apartado “A” constitucional, desde el punto de vista del inculpado.

Así de las 5 fracciones constitucionales del apartado "A" del artículo 20, observables en la AP, recapitulando, tenemos que se desprendieron 7 GI del inculpado: **1]** Libertad provisional bajo caución; **2]** Abstenerse de declarar; **3]** No incomunicación, intimidación ni tortura; **4]** Ofrecer pruebas y ser auxiliado para la comparecencia de testigos; **5]** Facilitación de datos para su defensa; **6]** Información de derechos constitucionales; y, **7]** Defensa adecuada.

La designación ministerial (o judicial) de un defensor de oficio, cuando el inculpado no nombre defensor, previo requerimiento para ello, así como la obligación del defensor de comparecer en todos los actos del proceso cuantas veces se le requiera, no se anotó con los anteriores al considerarse que tales actos son parte, precisamente, de una defensa adecuada, y por tanto están comprendidos en dicha GI.

Asimismo, se vio que las citadas GI imponen al MPF las 7 obligaciones correlativas siguientes: **1]** Otorgarle la libertad provisional bajo caución de modo asequible para el inculpado; **2]** No obligarlo a declarar; **3]** No incomunicarlo, intimidarlo ni torturarlo; **4]** Admitirle y desahogarle pruebas, y auxiliarse para la comparecencia de testigos; **5]** Facilitarle datos para su defensa; **6]** Informarle sus derechos constitucionales; y, **7]** Permitirle una defensa adecuada.

Por lo que hace a la primera GI, la experiencia profesional en agencias del MPF, y lo hasta aquí expuesto, demuestra que a menudo no se informa a los inculpados el monto de su caución, aun teniendo derecho a ella y siendo procedente.

Esto es propiciado por la falta de disposición que establezca un plazo para tomar declaración al inculpado, lo que ocurre hasta el final, a pocas horas de vencerse el término constitucional de las 48 horas, siendo hasta entonces cuando se les recaba y se acuerda la designación de defensor, y lógicamente antes de ello no puede mediar una solicitud formal de libertad caucional.

Tampoco se respeta el derecho de no declarar o reservarse de hacer manifestación alguna, ni se le informan al inculpado sus derechos constitucionales y procesales. La posibilidad de que elija defensor, sea público o particular, o persona de su confianza también se cierra; se le incomunica; se le intimida (violencia moral); se le llega a torturar en algunos casos; y se le obliga a firmar una confesión "ministerial". Estas prácticas desafortunadamente se llevan a cabo en varias agencias del MPF en una época en que ya se creía desterrada la tortura, cuando en realidad impera la simulación de respeto de GI. Además de la sustitución de la violencia física por la de carácter moral y el engaño, aprovechando la ignorancia y el temor de las personas inculpadas en la comisión de probables hechos delictuosos.<sup>122</sup>

Por si fuera poco, no se les reciben testigos ni otras pruebas ofrecidas por su defensor o por él mismo; no

---

<sup>122</sup> *Supra*. Cap. II, pp. 160.

se les facilitan los datos que soliciten para su defensa, entre otros tantos. Pero lo peor, es que en el expediente se asienta lo contrario, como si en verdad se hubiese cumplido con lo que la CPEUM establece.

Durante este procedimiento se incurre en una cómoda simulación de los derechos más fundamentales del inculpado como parte de un desesperado afán de la autoridad por cubrir los “requisitos” de legalidad que legitimen su actuar. Es mucho más grave simular que simplemente no cumplir con la ley.

Las principales causas de éstas violaciones en la investigación de delitos federales son, entre otras: La corrupción; la ignorancia del inculpado; la desesperación de sus familiares; las amplias facultades discrecionales del MPF, su impunidad y su impericia (dolosa o culposa); la proximidad del vencimiento del término para resolver situación jurídica; la falta de abogado defensor y las lagunas legales que lo permiten.

Las violaciones constitucionales en la investigación de delitos federales tendrían como contrapeso, siempre y cuando funcionaran, las defensas legales con que el inculpado, y más propiamente su defensor, cuentan para enfrentar, en franca desventaja, un sistema abusivo que les perjudica, al violentar garantías mínimas indispensables a que tiene derecho.

Disminuir los márgenes discrecionales e incrementar el control externo es otra de las soluciones para que el sistema de trabajo en las agencias del MPF, deje de violar recurrentemente, y a veces en forma irreversible, las GI de las personas que tienen el carácter de inculpados o de agraviados por el delito.

Es sumamente grave que se asienten confesiones inexistentes arrancadas con violencia o mediante engaño, y que después se habiliten invocando el “principio de inmediatez procesal”, convirtiéndolas en prueba contra el inculpado si se corroboran con otros infundios igualmente preparados desde la fase de AP, y que adquieren certeza incuestionable para una resolución judicial adversa.

Tales violaciones que son todavía peores cuando la simulación se practica ante quienes se encuentran en calidad de “retenidos”. Contra éste tipo de abusos, jurídicamente se pueden hacer varias cosas, siempre y cuando se trate de violaciones manifiestas al procedimiento y a las GI, pero muy poco efectivas.

Pero cuando los menoscabos son difícilmente comprobados, por ser producto de la simulación, entrañan situaciones de difícil o imposible solución. De ahí la importancia de que la ley permita escapar de la indefensión legal cuando se es despojado de la mínima seguridad jurídica desde un inicio, o por lo menos instaurar mecanismos que en la práctica reduzcan los márgenes de simulación, impunidad y corrupción en éste procedimiento penal inicial.

Nos parece que la situación empeorará con la reciente adición del párrafo tercero del artículo 73 fracción XXI constitucional,<sup>123</sup> conforme con la cual en materias concurrentes<sup>124</sup> previstas en la CPEUM, las leyes federales establecerán los supuestos en que autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales. El pretexto legal ha sido fortalecer la autonomía de los Estados de la República y “construir” un federalismo redistribuidor de competencias; el publicitario combatir el “narcomenudeo”.

Una vez hecho el recapitulado anterior, y entrando en materia, lo primero que debe hacer el MPF cuando se deja a una persona a su disposición en calidad de detenido, es estudiar si conforme con lo actuado la privación de libertad se considera legal o ilegal, es decir, si se realizó o no en apego a lo dispuesto por el artículo 16 párrafo cuarto de la CPEUM.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> La reforma entró en vigor en noviembre 29 de 2005, y se publicó un día antes en el DOF.

<sup>124</sup> La concurrencia de la Federación y los Estados está orientada primordialmente a la materia de la salubridad general, por lo que aunque se delega la investigación, persecución y sanción de delitos federales a los Estados, es fácil adivinar que se tratará de delitos contra la salud.

<sup>125</sup> ARTÍCULO 16 [...]. PÁRRAFO CUARTO.- *“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del ministerio público”.*

En este caso debe advertirse si se actualiza alguno de los 3 supuestos del artículo 193 del CFPP para identificar si existió flagrancia, cuasiflagrancia o presunción de flagrancia, y así acordar la retención ministerial, o en caso contrario la libertad a que se refiere la parte final del primer párrafo del artículo 135 del CFPP.

En los casos de las fracciones I y II del artículo 193 del CFPP<sup>126</sup> se contempla la flagrancia propiamente dicha y la cuasiflagrancia, los que parecen no tener mayor problema de interpretación. No obstante a continuación se abunda en cada una de dichas hipótesis:

Bajo este tenor, el MPF debe analizar a conciencia si el día de los hechos el inculpado fue detenido al momento de estar cometiendo algún delito (flagrancia propiamente dicha), a partir de las circunstancias en que ocurrió la privación de la libertad, y valorando las declaraciones de quienes presenciaron el evento.

No debe haber duda de que la detención sea inmediata a la comisión de un delito, sobretodo en casos de posesión de algún arma, narcótico u objeto prohibido o ilegal, para así poder hablar de flagrancia, ya que tal supuesto requiere que el inculpado sea detenido “en el momento de estar cometiendo el delito”.

Una correcta apreciación debe considerar el momento en que los aprehensores conocieron el delito, si lo apreciaron por medio de sus sentidos y con base en qué circunstancias procedieron a realizar la detención, con el fin de tener la seguridad de que no fue arbitraria o violatoria de GI.

Si en un principio no existe motivo alguno para detener a una persona, ni siquiera debe obstaculizarse su camino, en apego a la libertad de tránsito establecida en el artículo 11 constitucional, ni mucho menos practicarle “un chequeo de rutina”, pues si de tal acto de autoridad deriva el conocimiento del delito o la realización del mismo, la detención será arbitraria. Así lo ha considerado la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, CNDH).<sup>127</sup>

Si se le marca el alto a una persona o se le revisa sin su permiso, tal acción es injustificada al no haber motivo para ello, puesto que constituye un acto de molestia, precisamente de los que prohíbe el artículo 16 constitucional.<sup>128</sup> Las acciones degradantes de sometimiento al “esculque” y “manoseo” forzado por la autoridad, violan GI y atentan contra la dignidad humana.

---

<sup>126</sup> ARTÍCULO 193.- “Se entiende que existe flagrancia cuando: FRACCIÓN I.- “El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito; FRACCIÓN II.- “Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente” [...]

<sup>127</sup> La prohibición deriva de la Recomendación General número 02/2001, sobre la Práctica de las Detenciones Arbitrarias, emitida por el presidente de la CNDH, en México, D.F, en junio 19 de 2001, dirigida a los Procuradores Generales de Justicia y de la República, al Secretario de Seguridad Pública Federal y a los Responsables de Seguridad Pública de las Entidades Federativas. Esta recomendación tiene fundamento en el artículo 129 bis, del reglamento interno de la Comisión, y en el artículo 6 fracción VIII de su Ley que le da atribución de proponer a las autoridades del país cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas que a su juicio, redunden en una mejor protección de los DH.

<sup>128</sup> ARTÍCULO 16.-“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento” [...].

Según el artículo 16 constitucional todo acto de autoridad debe emitirse dentro de los catálogos de atribuciones o facultades establecidos para las autoridades por la CPEUM y las leyes, por lo que aquellas sólo pueden hacer lo que expresamente les permiten dichos ordenamientos, y si actúan fuera de tales atribuciones sus actos estarán viciados y serán violatorios del citado artículo 16.

Al ser las GI, consignadas a favor de los gobernados, preceptos de orden público por excelencia, ubicados en la máxima jerarquía de nuestro sistema jurídico, los derechos contenidos en ellas son irrenunciables, y los actos de autoridad que las contravengan no son convalidables bajo ningún supuesto.

Aspecto muy diferente es cuando se sorprende a alguien incurriendo en alguna infracción administrativa que motive la intervención de la policía, y no necesariamente de un delito. El hecho que genera la actuación policiaca es la actuación misma del ciudadano que infringe los Reglamentos de Policía y Buen Gobierno.

Lo que se trata de evitar son los abusos policiacos y la violación de GI de los ciudadanos que ven atropellados sus derechos. No es válido que sólo porque un determinado policía, considera, en su criterio personal, que un ciudadano tiene "actitud sospechosa" o "marcado nerviosismo" ante la presencia policiaca, le restrinja su libertad, lo revise, le coloque unas "esposas" y los traslade en calidad de detenido a su cuartel.

Por tanto, si con el pretexto de la revisión, la policía encontrara algún narcótico, arma u objeto ilícito, la detención sería injustificada, si el sujeto no dio lugar a ser revisado, pues en tal supuesto ya estaba siendo detenido sin motivo desde el momento de la revisión, aun y cuando todavía no se le encontraba nada ilegal en su poder para aducir flagrancia.



En otros casos, a raíz de estas acciones pueden surgir insultos o forcejeos posteriores a una detención injustificada, como resultado de las arbitrariedades sufridas por el detenido, por lo que es lógico que los sentimientos de impotencia ante un acto de abuso de autoridad así, puedan generar una reacción que sí sea constitutiva de delito, siendo discutible la presencia de la flagrancia al provenir de una provocación.

En cuanto a la hipótesis de la persecución material del inculpado, inmediatamente después de ejecutado el delito, debe preceder dicha ejecución como condición *sine qua non*. Por lo que si un gobernado intenta huir o se echa a correr al percatarse de que la policía se aproxima, no debe ser causa de persecución, restricción ni privación de su libertad.

No se debe soslayar que el hecho de que determinadas autoridades, que portan armas de fuego y son parte de alguna corporación policíaca, le marquen el alto a un ciudadano en la vía pública, implica en nuestro concepto una verdadera detención, o por lo menos restricción de la libertad, pues una revisión corporal es imposible de evitar en esas condiciones.

Finalmente, la hipótesis de detención conocida doctrinalmente como “presunción de flagrancia”,<sup>129</sup> requiere que exista señalamiento contra el inculpado, de quien hubiere presenciado los hechos o participado en ellos para atribuirle alguna responsabilidad, es decir, que medie el reporte a la policía del sujeto a aprehender, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el mismo.

En estos casos se exige además que se trate de delito grave, que no hayan pasado más de 48 horas, y que haya persecución no interrumpida del delito estando ya iniciada una AP, situaciones que deben quedar acreditadas legalmente. Una detención que no cumpla manifiestamente con estas condiciones se traduce en un acto improcedente con independencia de que el detenido posea o no algún objeto que constituya delito, y el ministerio público no debe convalidar la ilegalidad decretando la retención.

El MPF debe satisfacer los requisitos de procedibilidad del artículo 193 del CFPP, y el delito merecer pena privativa de libertad, antes de decretar la retención del indiciado, y en caso de pena no privativa o alternativa ordenará su inmediata libertad, siendo penalmente responsable de la indebida retención. Además si prolonga la detención, excediendo el plazo constitucional de 48 horas (o 96 si hay “delincuencia organizada”), incurre en el delito contra la administración de justicia del artículo 225 fracción X del CPF.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> ARTÍCULO 193.- “Se entiende que existe flagrancia cuando: FRACCIÓN III.- “El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la AP respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito”.

<sup>130</sup> ARTÍCULO 225.- “Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: FRACCIÓN X.- “Detener a un individuo durante la AP fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional”. Ésta fracción fue producto de la reforma publicada en el DOF en enero 10 de 1994.

El doctrinista César Augusto y Nieto, considera la necesidad de que la facultad investigadora y persecutora del ministerio público en realidad se inicie a partir de elementos constitutivos de algún delito:

*“Debe el ministerio público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la AP en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las GI jurídicamente tuteladas”.*<sup>131</sup>

Por otra parte, en caso de no acreditar la flagrancia, el MPF puede evaluar la hipótesis del “caso urgente”, prevista en el artículo 16 constitucional párrafo quinto<sup>132</sup> con relación al 193 bis del CFPP,<sup>133</sup> para emitir una orden de detención ministerial.

Otro aspecto controversial lo constituye el procedimiento irregular de “acta circunstanciada”, que derivaba del acuerdo número A/010/92<sup>134</sup> del titular de la PGR, que instituyó “en las agencias del MPF, un libro denominado de actas circunstanciadas que tendrá las actuaciones que se indican”.

---

<sup>131</sup> Osorio y Nieto, César Augusto. *Op. Cit.* Nota # 178, p. 3.

<sup>132</sup> ARTÍCULO 16.- [...] PÁRRAFO QUINTO.- “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder” [...].

<sup>133</sup> ARTÍCULO 193 BIS.- “En casos urgentes el [MPF] podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten: INCISO a).- “Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente; INCISO b).- “Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, e INCISO c).- “Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. PÁRRAFO FINAL.- “La violación de esta disposición hará penalmente responsable al [MPF] o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad”.

<sup>134</sup> Publicado en el DOF de septiembre 3 de 1992, y abrogado por el Acuerdo A/201/06 publicado en el DOF de agosto 23 de 2006.

El carácter irregular de este "procedimiento" no solo deviene de imprevisión en una ley procesal emitida por el Poder Legislativo, sino de los actos de autoridad que hasta agosto 23 de 2006 tenían lugar en la misma. Se trata de una especie de pre AP donde se efectúan diligencias y actuaciones inherentes a la misma. Su constitucionalidad sería discutible debido a las escasas menciones que la CPEUM hace a la AP, y a que el artículo 21 constitucional faculta, de forma genérica, al ministerio público a investigar y perseguir los delitos.

Otro aspecto problemático en cuanto al respeto de GI en la AP, es el relativo al arraigo domiciliario y a la prohibición de abandonar lugar: El artículo 2 del CFPP, establece que compete al MPF llevar a cabo la AP y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. La fracción III de dicho numeral faculta al ministerio público en la AP a solicitarle al juez las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables, así como las órdenes de cateo que procedan.

La autoridad judicial podrá, a petición del MPF, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando le demuestre el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, como se desprende del artículo 133 *bis* del CFPP.

El mismo artículo acota el arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica al tiempo estrictamente indispensable, no mayor de 30 días naturales, en el caso del arraigo, y de 70 en el de la prohibición, durante el cual el MPF y sus auxiliares vigilarán el debido cumplimiento del mandato judicial. Sin embargo, este término, en el caso de la AP, va más allá del plazo constitucional de 48 horas en que esta debiera resolverse.

En caso de que el afectado pida que el arraigo o la prohibición queden sin efecto, el juez, escuchando al MPF y al afectado, decidirá si deben o no mantenerse.

Por otro lado, el artículo 135 del CFPP, dispone en su párrafo segundo que el MPF dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario.

Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no alcance prisión preventiva, y existan elementos para suponer su sustracción a la acción de la justicia, el MPF pueda solicitar al juez, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo fundado y motivado conforme al artículo 205 del CFPP.

El arraigo no se limita a la persona del inculpado, al permitir, a solicitud de cualquiera de las partes, arraigar a un testigo, conforme al artículo 256 del CFPP, por el tiempo estrictamente indispensable para que rinda su declaración acerca del delito, de sus circunstancias o del inculpado. Pero si la solicitud resulta infundada, y por tanto indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al solicitante que le indemnice los daños y perjuicios que le haya causado. Para el inculpado no se prevé similar supuesto.

Otro aspecto relevante en la comisión de abusos es el aseguramiento y la desposesión de bienes del inculpado. A simple vista, la facultad del MPF para asegurar bienes parece derivar de la fracción III del artículo 2 del CFPP, sin embargo, dicha fracción sólo habla de solicitar al juez las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo indispensables para la AP.

El artículo 136 fracción III del CFPP, dispone que en el ejercicio de la acción penal el MPF solicite el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño. Sin embargo, hay que aclarar que dicho aseguramiento no se debe confundir con el de los instrumentos, objetos o productos del delito que reciba el MPF de los que éste resolverá en términos del artículo 181 del CFPP, que es el verdadero fundamento en la AP.

Este último artículo contempla como finalidad del aseguramiento de los instrumentos, objetos o productos del delito, así como de los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, la de evitar que se alteren, destruyan o desaparezcan, por lo cual las autoridades que actúen en auxilio del MPF deben poner inmediatamente a su disposición tales bienes.

En caso de plantíos de marihuana, *papaver somniferum* o adormidera, u otro estupefaciente, el MPF, la policía judicial o autoridades que lo auxilien, luego de recabar muestras para la AP que se inicie, procederán a destruirlos, levantando acta donde conste: el área del cultivo, cantidad o volumen del estupefaciente.

En el caso de estupefacientes o psicotrópicos asegurados, el MPF acordará y vigilará su destrucción, si ello es procedente, previa inspección que determine la naturaleza, el peso y sus demás características. Conservando una muestra representativa suficiente para elaborar los dictámenes periciales necesarios en la AP o en el proceso.

Al practicar la diligencia aseguramiento de bienes el MPF debe cumplir con los requisitos del artículo 182 del CFPP, y después ponerlos a disposición de la autoridad competente para su administración, dentro de las 72

horas siguientes, en la fecha y los lugares previamente acordados con dicha autoridad, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Tales requisitos consisten en: **I]** Levantar acta que incluya inventario con la descripción y el estado en que se encuentren los bienes; **II]** Identificarlos con los medios adecuados (sellos, marcas, cuños, fierros, señales); **III]** Proveer las medidas conducentes e inmediatas para evitar que se destruyan, alteren o desaparezcan; y, **IV]** Solicitar que el aseguramiento se haga constar en los registros públicos correspondientes.

También se prevé que la misma autoridad que inicie el aseguramiento debe concluirlo. Los bienes asegurados en la AP (o proceso), que puedan ser objeto de prueba, los administrará el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, de conformidad con la legislación aplicable.

Cuando el juez o el MPF decreten el aseguramiento, según el artículo 182-A del CFPP, lo notificarán al interesado (o a su representante legal) dentro de los 70 días naturales siguientes, entregando (o poniendo a su disposición) copia certificada del acta de inventario, y apercibiéndolo de que no enajene o grave los bienes asegurados, y de que en caso de no manifestar lo que a su derecho convenga, en los siguientes 90 días naturales, causarán abandono a favor del Gobierno Federal.

Como los plazos antes señalados empiezan al día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación respectiva, se debe atender a las reglas para la práctica de notificaciones previstas en el artículo 182-B del CFPP, las que podrán ser personales o por edictos.

Sólo proceden estas últimas cuando se desconozca la identidad o domicilio del interesado, publicándose un resumen de la resolución por notificar por una sola vez en el DOF y en un periódico de circulación nacional. Las notificaciones por edictos surten sus efectos el día de su publicación.

Las notificaciones personales, en cambio, se practicarán en el domicilio del interesado o donde se encuentre privado de su libertad, en su caso, debiendo el notificador: cerciorarse de ello, entregar copia de la resolución notificada, recabar nombre y firma de con quien entienda la diligencia, asentar en el acta circunstanciada de notificación los datos del documento oficial con que se identifique y los del servidor público que la practique.

La devolución de este tipo de bienes en la AP puede tener lugar en 3 supuestos, según el artículo 182-N fracción I del CFPP: cuando el MPF resuelva no ejercitar acción penal, reservar el expediente o levantar el aseguramiento conforme con las disposiciones aplicables. Las reglas específicas para proceder a la devolución se contienen en los numerales 182-Ñ al 182-P y 182-R del CFPP,<sup>135</sup> destacando que la repartición de esos recursos es entre el Poder Judicial de la Federación, la PGR y la Secretaría de Salud.

---

<sup>135</sup> ARTÍCULO 182-Ñ.- *“Cuando proceda la devolución de bienes asegurados, éstos quedarán a disposición de quien acredite tener derecho a ellos. La autoridad judicial o el MPF notificará su resolución al interesado o al representante legal dentro de los 30 días siguientes, para que en el plazo de 3 meses a partir de la notificación*

Otro problema lo constituye la premura de la actuación ministerial que impide el desahogo de las pruebas en la AP por lo exiguo de la dilación constitucional, *versus* la lentitud procesal que se observa una vez que se ha ejercitado acción penal, es decir, en el proceso seguido ante el juez.

Según cifras de la Secretaría de Seguridad Pública Federal de un total de 200 mil presos en el país, hasta el año 2004 la mitad carecía de sentencia, lo que revela una forma de obstaculización de la justicia. Lo interesante sería saber las razones por las cuales se retrasan tanto las resoluciones de los jueces, que deben ser multifactoriales, aunque llegar a ellas rebasa el objeto de estudio de esta investigación.

El tema del sigilo y de la negativa ministerial a expedir de copias, es otro problema más que a menudo contrasta con la "soltura" con que se proporcionan informes a la prensa.

Al respecto, se ha señalado hasta el cansancio la responsabilidad enorme que los medios de comunicación tienen en el asunto del crimen. La morbosidad, el escándalo y el "amarillismo" son el común denominador en las televisoras que se disputan la audiencia entre sí en un horario estelar. Estamos en un constante aprendizaje de violencia por influencia de la televisión.

El pleito eterno surgió cuando salieron a relucir datos impresionantes de la influencia negativa dejada en los niños estadounidenses que veían la televisión. La agresividad que ya perdió todo límite es más adquirida que genética. Es nocivo que al frente de los medios se ponga a gente que lo único que sabe de televisión, es prenderla, apagarla y cambiarle de canal.

Volviendo al tema central, el doctor Héctor Fix-Zamudio, considera que la investigación, como función esencial del ministerio público, no ha logrado ser eficaz a pesar de todas las reformas que se han hecho, es decir, no ha sido posible la obtención de los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal con pleno respeto a los derechos de los acusados y de las víctimas:

---

*se presente a recogerlos, bajo el apercibimiento que de no hacerlo los bienes causarán abandono a favor del Gobierno Federal. Cuando se haya hecho constar el aseguramiento de los bienes en los registros públicos, la autoridad judicial o el MPF ordenará su cancelación".*

**ARTÍCULO 182-O.-** *"La devolución de los bienes asegurados incluirá la entrega de los frutos que, en su caso, hubieren generado. La devolución de numerario comprenderá la entrega del principal y de sus rendimientos durante el tiempo en que haya sido administrado, a la tasa que cubra la Tesorería de la Federación por los depósitos a la vista que reciba. El Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, al devolver empresas, negociaciones o establecimientos, rendirá cuentas de la administración que hubiere realizado a la persona que tenga derecho a ello, y le entregará [...] todo aquello que haya comprendido la administración. Previo a la recepción de los bienes por parte del interesado, se dará oportunidad a éste para que revise e inspeccione las condiciones en que se encuentren los mismos, a efecto de que verifique el inventario a que se refiere el artículo 25 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público [...]."*

**ARTÍCULO 182-P.-** *"Cuando se determine por la autoridad competente la devolución de los bienes que hubieren sido previamente enajenados de conformidad con la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público o exista la imposibilidad de devolverlos, dicha devolución se tendrá por cumplida entregando el valor de los bienes al realizarse el aseguramiento más los rendimientos correspondientes [...]."*

**ARTÍCULO 182-R.-** *"Los recursos que se obtengan por la enajenación de los bienes decomisados en procesos penales federales, a que se refiere la fracción I del artículo 1 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, así como por la enajenación de sus frutos y productos, serán entregados conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la citada ley, en partes iguales, al Poder Judicial de la Federación, a la PGR y a la Secretaría de Salud. Los recursos que correspondan a la Secretaría de Salud [se destinarán] a programas de prevención y rehabilitación de farmacodependientes".*

[...] "la AP, la que debe anteceder al proceso propiamente dicho, se ha realizado en nuestro ordenamiento sin intervención judicial, es decir, ha tenido un carácter administrativo (aun cuando la materia sobre la cual se realiza tenga naturaleza penal), lo que no ha dejado de tener inconvenientes como lo ha señalado un sector de la doctrina".<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Fix-Zamudio, Héctor. *Función Constitucional del Ministerio Público. Tres Ensayos y Un Epílogo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª edición. México, D.F. 2002. p. 155.

Finalmente, en la actuación del MPF, juega un papel prioritario su policía. Y precisamente, un ejemplo de la simulación es que con la reforma al artículo 21 constitucional, la “policía judicial” ya no es judicial, sin embargo, siguen los mismos. Aunque no nos guste, el criterio que ha servido para el nombramiento de jefes de seguridad y justicia ha sido el dejar “que los malos combatan a los malos”. Fuego contra fuego.

No ha sido aplicado ningún plan de seguridad que prevea todo un sistema profesional policiaco de carrera con reglas claras de selección, capacitación, estímulos y sanciones, además de un mayor respeto a la ley. La labor policiaca sólo es preventiva, ya que después de detener al delincuente lo ponen a disposición del MPF y éste, si es que llega a consignarlo, a la del juez.

Se necesitan nuevos policías, ya que los actuales están tan maleados, viciados y amañados por la corrupción que por más que les aumenten el sueldo no van a cambiar. Nadie ha explicado con claridad cómo funciona la formación policiaca ni la clase de preparación que reciben en cada caso concreto.

Los actuales policías ya no pueden ser útiles. Siendo radicales habría que despedir a todos. Preferible que sigan delinquiendo, pero sin placa. No se vale que después de que ellos mismos delincan contra la sociedad, en premio todavía ésta los mantenga y hasta les compre uniformes. No se puede erradicar el azote del soborno, cada vez más palmario.

Es innegable que un buen sueldo atrae buenos perfiles, pero con los actuales nadie quiere ser policía. Un policía que gane bien, cuidará su empleo. Así puede evitarse que suceda como con los meseros: les pagan poco en el entendido que se compensarán con buenas “propinas”. Al pagar un salario miserable a los policías, los orillan a compensarse<sup>137</sup> con “el entre”.

---

<sup>137</sup> Es raro que un simple policía de línea posea vehículos de lujo. No obstante esto poco se investiga a pesar de que a los policías, auxiliares del MPF, se les obliga a emitir su declaración patrimonial. En algunas investigaciones se ha sacado ya la punta de la madeja en cuanto a corrupción en los altos mandos policiacos, sin que se haya procedido o al menos informado a la sociedad de los “prestanombres”. Es inconcebible que miles de rateros, con placa y pistola, salgan a diario a las calles a extorsionar gente trabajadora. Se paga a policías que en vez de combatir la delincuencia, no se miden. En lugar de ello se alían con el hampa en contra del ciudadano que les paga su sueldo, y al que aparte timan diariamente.



#### **IV. Las reglas “especiales” de investigación de la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* en función de las “negaciones y excepciones” a las garantías individuales del inculpado en la averiguación previa.**

El tema de la delincuencia organizada se ha convertido en una verdadera pesadilla para quienes son investigados por ese delito, ya que se aplica una legislación alternativa y paralela a la ordinaria, por ello para nuestro estudio preocupa la forma como el trámite de la AP, bajo esta ley especial, intensifica las violaciones a las ya de por sí vapuleadas GI del inculpado.

Según el artículo 8 de la LFCDO los agentes del MPF que investiguen y persigan delitos cometidos por miembros de la “delincuencia organizada”, deberán ser integrantes de la unidad especializada en estos delitos, que según el artículo 15 del reglamento de la LOPGR es la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, por sus siglas: SIEDO. Esta es la primera diferencia con la legislación ordinaria en cuanto a la facultad investigadora.

De esta manera los delitos perpetrados por miembros de la ficción jurídica denominada “delincuencia organizada”, se investigan y persiguen por agentes del MPF miembros de una unidad especializada, de tal modo que la propia LFCDO aclara que siempre que en la misma se mencione al MPF, se entenderá que se alude a aquellos pertenecientes a dicha unidad (subprocuraduría).

Lo anterior implica que técnicamente no cualquier agente del MPF podrá conocer de delincuencia organizada, sino sólo aquellos especializados en la materia. Establecido lo anterior, se plantea la siguiente pregunta: ¿Conforme al artículo 8 de la LFCDO serán válidos los actos de cualquier agente del MPF que investigue y persiga delitos de delincuencia organizada, sin que pertenezca a la unidad especializada?

El numeral en cita es claro al respecto, e impone al MPF ser parte de dicha unidad con la palabra “deberá”, por lo tanto, en nuestro concepto, bajo el “principio de especialidad”, es facultad exclusiva de los agentes pertenecientes a la unidad investigar éste tipo de hechos, lo cual plantea interesantes líneas de impugnación cuando se trate de fiscales que no formen parte de tal instancia, pues no podrán ir más allá de lo que la propia ley les permite.

Aunque es al ministerio público en general a quien corresponde perseguir los delitos, el artículo 11 de la LOPGR fija las bases generales para el desarrollo de las funciones de dicha institución y del MPF, conforme a los sistemas de especialización y de desconcentración territorial y funcional.

Por ello, la PGR cuenta con unidades administrativas especializadas en la investigación y persecución de géneros de delitos, atendiendo a las formas de manifestación de la “delincuencia organizada”, así como a

la naturaleza, complejidad e incidencia de los delitos federales. Dichas unidades actúan en todo el país en coordinación con los órganos y unidades desconcentrados.

El establecimiento y atribuciones de las unidades y órganos técnicos y administrativos, centrales y desconcentrados, se deja al reglamento de la ley según el artículo 13 de la LOPGR. Pero, se prevé que el Procurador (acorde con las disposiciones presupuestales) pueda crear unidades administrativas especializadas distintas a las contenidas en el reglamento, así como fiscalías especializadas.

Bajo este contexto, el problema de la desprotección jurídica de los ciudadanos mexicanos es mucho más grave todavía en el caso de las “reglas especiales” de investigación de delitos materia de la LFCDO, sobretudo por la creación de la “pre AP” en la que se dota al MPF de mayores facultades discrecionales, de peligrosas consecuencias.

El maestro Guillén López<sup>138</sup> da cuenta de la manera cómo las disposiciones establecidas en los numerales 13, 14, 23 y 38 de la LFCDO restringen, y en otros casos impiden totalmente, la aplicación de las GI del inculpado, concretamente las previstas en el artículo 20 apartado “A” fracciones V, VII y IX constitucionales.

Para iniciar la revisión se transcribe en seguida el artículo 13 de la LFCDO:

*ARTÍCULO 13.- “A las actuaciones de AP por los delitos a que se refiere esta ley, exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra, por lo que el MPF y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas.  
“No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al MPF, se le haya negado”.<sup>139</sup>*

El artículo 13 de la LFCDO, según éste autor, deja a criterio del MPF determinar a qué pruebas pueden acceder el inculpado y su defensor por estar en “relación a los hechos imputados” contra el primero, y a qué otras pruebas no dar acceso, restringiendo la GI de facilitación de datos para defenderse prevista en el artículo 20 apartado “A” fracción VII constitucional, además de la diversa GI del artículo 14 de la CPEUM por no cumplirse las formalidades del procedimiento.

Sin embargo, el último párrafo del artículo 13 de la LFCDO, suaviza la negativa al acceso limitado a las actuaciones con hechos imputados al inculpado, al castigarla con la carencia de valor probatorio de las

<sup>138</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit. Nota # 169*, pp. 179 a 189.

<sup>139</sup> *Agenda Penal Federal. Compendio de Leyes Penales Federales. VII Parte. LFCDO. Artículo 13. Ediciones Fiscales ISEF. 17ª edición, México, D.F. 2006. p. 5.*

previamente solicitadas. En realidad, el problema en la práctica es de puntos de vista, de enfoques, de criterio personal para determinar con exactitud qué pruebas se relacionan con los hechos imputados, y por tanto son susceptibles de prestarse al inculpado y a su defensor.

Negarle al inculpado los datos personales de quienes declaren en su contra y demás datos e imputaciones a otros sujetos que sean útiles para su defensa, equivale a dejarlo en estado de indefensión. En la AP todo esto acarrea inseguridad jurídica al no establecer la ley la manera de instrumentar la "reserva". Es decir, si deben separarse los autos, desprenderse u ocultarse fojas con actuaciones no concernientes al inculpado o sólo mostrarle las que sí lo sean.

Lo anterior se plantea debido a que el artículo 18 del CFPP dispone, entre otras formalidades, que después de asentadas las actuaciones del día, o agregados los documentos recibidos, el secretario foliará y rubricará las hojas respectivas, y las sellará en el fondo del cuaderno abarcando ambas caras.

Asimismo, el artículo 19 del CFPP ordena asentar las actuaciones en forma continua en los expedientes, sin dejar hojas ni espacios en blanco. Por lo que habrán de cuidarse este tipo de formalidades en los casos donde se presten fragmentos del expediente de la AP al inculpado en delitos de delincuencia organizada.

El doctor Augusto Sánchez Sandoval,<sup>140</sup> reflexiona en que el artículo 41 párrafo segundo de la LFCDO<sup>141</sup> permita usar las mismas pruebas en distintos procesos, y que el párrafo tercero<sup>142</sup> considere la sentencia irrevocable prueba plena de la existencia de una organización delictiva en cualquier otro procedimiento, cancelando la posibilidad de desvirtuar, y violando los principios de contradicción probatoria y de defensa.

Y agrega que al imponerse la prueba por el autoritarismo, habrá actuaciones que no conozca el inculpado, las que le serán impuestas de pleno derecho, “si no se enteró de ellas, para poder solicitar el acceso a las mismas, porque sólo carecerán de valor probatorio aquellas, que habiendo solicitado conocer, no le fueron autorizadas”. Esto es lo más delicado de este ocultamiento de pruebas, puesto que al no ser de la incumbencia del inculpado se le negará el acceso, y se caerá en un círculo vicioso de indefensión.

El artículo 14 de la LFCDO,<sup>143</sup> establece otra limitación al permitir que el MPF a su juicio mantenga bajo reserva la identidad de los testigos hasta la consignación, por presumir algún riesgo a su integridad. En este caso, siguiendo al mismo autor, se afecta la GI del artículo 20 apartado “A” fracción V de la CPEUM, al hacer imposible el ofrecimiento y desahogo de la prueba de ampliación de declaración del testigo de cargo reservado así como su interrogatorio sobre los hechos por la defensa.

También se restringe la posibilidad de conocer a quién hace la imputación y de carearse, aunque estas GI por contenerse en las fracciones III y IV apartado “A” del numeral estudiado, por omisión constitucional, no son observables obligatoriamente durante la AP. Sin embargo, como ya se dejó establecido, si es posible aplicarlas en dicho procedimiento, por así desprenderse de la fracción II del artículo 128 del CFPP y de la jurisprudencia, respectivamente.<sup>144</sup>

La GI de adecuada defensa establecida en la fracción IX del apartado “A” del artículo 20 constitucional, es también obstaculizada al estar el inculpado y su defensor impedidos para conocer la identidad del denunciante o de los testigos de cargo, y para presenciar la toma de declaraciones a dichas personas, con lo que se reducen considerablemente las posibilidades de defensa, aproximándose la “protección de testigos” a la delación secreta durante la AP.

---

<sup>140</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. Cit.* Nota # 17, p. 166.

<sup>141</sup> Dicho párrafo (segundo) establece que “*las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionados*” con los delitos a que se refiere la LFCDO.

<sup>142</sup> ARTÍCULO 41, PÁRRAFO TERCERO.- “*La sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder [sentenciarlo] por el delito de delincuencia organizada*”.

<sup>143</sup> 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 MPF, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal*”.

<sup>144</sup> *Supra.* Cap. II, p. 133.

El doctor Augusto Sánchez Sandoval,<sup>145</sup> advierte que el nuevo procedimiento contenido en la LFCDO se caracteriza por ser una trampa “con la cual se puede fabricar de un inocente un criminal”, reforzándose en éste artículo (14) el sistema procesal posmoderno inquisitorio y autoritario, al no garantizar al ciudadano la certidumbre de sus denunciantes, ni la preparación de su defensa contra los abusos del poder.<sup>146</sup>

Además, otro problema surge de la exégesis literal que se haga de la disposición, puesto que puede suceder que el MPF pretenda ampliar la reserva a otros participantes en riesgo, lo cual es incorrecto, ya que el artículo 14 de la LFCDO se refiere a “personas que rindan testimonio”, y por tanto la hipótesis recae exclusivamente en quien tenga la calidad de testigo de cargo en contra de algún miembro de la “delincuencia organizada”.

En cuanto a la intervención de comunicaciones (no sólo telefónicas), existen restricciones a la GI de facilitación de datos para defenderse (artículo 20 apartado “A” fracción VII de la CPEUM), impuestas en el numeral 23 de la LFCDO,<sup>147</sup> aunque éstas están referidas al proceso ante autoridad judicial. Se señala en el párrafo segundo que el inculcado (no así también su defensor) las vea o escuche sólo durante 10 días, plazo que nos parece insuficiente para asimilar su contenido.

---

<sup>145</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. Cit.* Nota # 17, p. 167.

<sup>146</sup> *Supra.* Cap. I, p. 39.

<sup>147</sup> ARTÍCULO 23.- “Al iniciarse el proceso, las cintas, así como todas las copias existentes y cualquier otro resultado de la intervención serán entregados al juez de distrito. PÁRRAFO SEGUNDO.- “Durante el proceso, [el juez], pondrá las cintas a disposición del inculcado, quien podrá escucharlas o verlas durante un periodo de 10 días, bajo la supervisión [del juez], quien velará por la integridad de estos elementos probatorios. PÁRRAFO TERCERO.- “Al término de este periodo de 10 días, el inculcado o su defensor, formularán sus observaciones, si las tuvieran, y podrán solicitar [...] la destrucción de [...] cintas o documentos no relevantes para el proceso. “Asimismo, podrá solicitar la transcripción de aquellas grabaciones o la fijación en impreso de imágenes, que considere relevantes para su defensa. PENÚLTIMO PÁRRAFO.- “La destrucción también será procedente cuando las cintas o registros provengan de una intervención no autorizada o no se hubieran cumplido los términos de la autorización judicial respectiva. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “El auto que resuelva la destrucción de cintas, la transcripción de grabaciones o la fijación de imágenes, es apelable con efecto suspensivo”.

Este numeral anula la mencionada GI del artículo 20 apartado "A" fracción VII constitucional, ya que el inculpado no podrá conocer el contenido ni la existencia de ésta prueba en la AP, sino que tendrá que hacer antesala hasta el proceso para ofrecer pruebas relativas a las cintas y grabaciones en poder del MPF, o a la ilicitud de su obtención.

Respecto a la intervención de comunicaciones conviene ampliar la reflexión al contenido actual del artículo 16 constitucional, que en su párrafo noveno tutela en primer lugar la libertad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al grado de prever que la ley sancione penalmente<sup>148</sup> cualquier acto atentatorio. Posteriormente, el mismo párrafo contempla la excepción a la regla: la autorización judicial para intervenir cualquier comunicación privada bajo los siguientes requisitos:

Que la autoridad federal que faculte la ley o el ministerio público de la entidad correspondiente lo pida por escrito; que se funden y motiven las causas de la solicitud; que se precise el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; que no se trate de materia electoral, fiscal, civil, mercantil, laboral ni administrativa; y, que no se trate de las comunicaciones del detenido con su defensor.

---

<sup>148</sup> El artículo 27 de la LFCDO tipifica la intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial o en términos distintos a los autorizados cometida por servidores públicos pertenecientes o no a la unidad especializada. La pena es de 6 a 12 años de prisión, de 500 a mil días multa y destitución e inhabilitación por el mismo plazo de la prisión impuesta. Al respecto, se transcribe la siguiente tesis sobre el particular: "INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS PRIVADAS. ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.- *El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 27 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es la seguridad de la sociedad de que las comunicaciones privadas se mantengan en reserva, por lo que es ésta quien resulta afectada con actos de intervención sin previa autorización judicial o en términos distintos a los autorizados y, en esa virtud, se trata de un ilícito perseguible oficiosamente. Ahora bien, para la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, tratándose de intervención de comunicaciones telefónicas, no se requiere que se precisen las líneas telefónicas intervenidas por el servidor público y a quiénes se realizaron éstas, ya que el precepto mencionado no lo prevé, por lo que será suficiente que del cúmulo probatorio se desprenda circunstancialmente que el sujeto activo, sin contar con la autorización de autoridad judicial o en términos distintos a los autorizados, realizó la intervención de una comunicación telefónica privada, lo que implica que el juzgador, al tomar en conjunto todas esas probanzas e integrar la prueba circunstancial, llamada prueba de indicios, en donde cada uno de ellos, si bien en forma autónoma y aislada no tienen mayor valor, en su conjunto puedan adquirir eficacia probatoria plena, por relacionarse y vincularse lógicamente entre sí para crear absoluta convicción, sin olvidar que la prueba circunstancial precisa para su integración que se encuentren acreditados los hechos indiciarios y que exista un enlace más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; de ahí que la apreciación que de las pruebas haga el Juez en los términos aludidos, aparte de que se ajusta a las reglas tutelares que rigen la prueba en materia penal, porque conforme lo dispone la ley se valora la prueba circunstancial, sirve para presumir la materialidad del delito". Tesis aislada: I.6°.P.52 P, del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, Tomo XVII, Marzo 2003, página 1738. Amparo en revisión 676/2002. 29 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Felipe Gilberto Vázquez Pedraza. Iguales penas impone el artículo 28 de la LFCDO por la revelación, divulgación o uso indebido o en perjuicio de otro de la información o imágenes producto de una intervención autorizada, y por la revelación de la existencia o contenido de una solicitud o autorización.*

Por último, se reproduce el artículo 38 de la LFCDO,<sup>149</sup> referente a la pre AP:

**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 MPF 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 AP, 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”.*

En este caso se permite al MPF recabar pruebas e investigar previamente a la apertura de una AP (aunque en muchos casos lo viene haciendo de facto) lo que se traduce en la actuación fuera del procedimiento penal, todo ello sin la presencia del inculcado ni de su defensor, puesto que sólo es obligatoria en la AP y en este caso se trata de “la nada”, de un pre-procedimiento en la más estricta confidencialidad con el fin de verificar denuncias anónimas, produciendo inseguridad jurídica.

La *notitia criminis*, debe traducirse necesariamente en una denuncia o querrela, no para el ejercicio de la acción penal como lo dispone la parte final del artículo citado, sino para el mismo inicio del procedimiento penal de AP. Por lo que la delación anónima en estas condiciones vulnera lo dispuesto en el artículo 16 párrafo segundo de la CPEUM, el cual no prevé la acusación para la orden de aprehensión, sino que preceda denuncia o querrela.

La previa denuncia o querrela (en caso de delitos sólo así perseguibles) es requisito indispensable de procedibilidad, *sine qua non* para iniciar una investigación, según los artículos 113<sup>150</sup> y 114<sup>151</sup> del CFPP. En el caso de delitos no perseguibles por querrela, consideramos que debe quedar satisfecha la denuncia de hechos, como requisito previo, conforme al artículo 116 de la ley adjetiva.<sup>152</sup> Como se observa, el artículo 38 de la LFCDO cambia las reglas en perjuicio del inculcado.

<sup>149</sup> *Op. Cit.* Nota # 289, Artículo 38. p. 11.

<sup>150</sup> ARTÍCULO 113.- *“El [MPF] y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La AP no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: FRACCIÓN I.- “Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado. FRACCIÓN II.- “Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado”. Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el MPF actuará según lo previsto en la LOPGR, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente”.*

<sup>151</sup> ARTÍCULO 114.- *“Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el [CPF] u otra ley”.*

<sup>152</sup> El artículo 116 citado, establece que *“toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía”.*

El doctor Augusto Sánchez Sandoval,<sup>153</sup> alerta que la AP en materia de la LFCDO se puede iniciar por la sola “sospecha”, instaurándose una nueva forma de “investigación de verificación” realizada por el MPF para corroborar una delación hecha desde el anonimato, sin que la persona anónima se vuelva a presentar a cumplir con la parte final del artículo, lo que suplirá el propio MPF haciendo la denuncia o “acusación” correspondiente, por sí mismo o a través de sus policías.

El peligro no sólo estriba en que las bandas delictivas, verdaderamente organizadas, utilicen a su antojo a las autoridades para hundir a sus “competidores”, sino en la fabricación de responsables y la “siembra” de indicios contra personas inocentes e incluso rivales políticos o comerciales en actividades lícitas.

La LFCDO, en palabras del doctor Augusto Sánchez Sandoval,<sup>154</sup> en su afán por adecuarse a la normatividad internacional<sup>155</sup> ratificada por México, creo todo “un nuevo fuero penal inconstitucional y posmoderno”.

En tal fuero, las violaciones a las GI son tan variadas como los casos concretos donde se aplica la LFCDO. Para nuestro estudio, sólo se marcaron las más graves y notorias contra el inculpado durante la AP: la reserva de actuaciones y de la identidad de los testigos de cargo, la pre-averiguación, las diferencias de los cateos, las autorizaciones para intervenir comunicaciones y la valoración arbitraria de pruebas.

---

<sup>153</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. Cit.* Nota # 17, p. 190.

<sup>154</sup> *Op. Cit.* p. 194.

<sup>155</sup> *Supra.* Cap. I, pp. 29 y 30.



## CAPÍTULO TERCERO.

**EL DERECHO PENAL MÍNIMO  
DESDE LA CONCEPCIÓN DE ALESSANDRO BARATTA,  
Y SU APLICACIÓN FEDERAL  
DESDE LA AVERIGUACIÓN PREVIA MEXICANA**

## **I. Los medios legales de defensa y control, a favor de los agraviados por el delito, y de los inculpados en el delito, durante la averiguación previa.**

Antes de introducirnos al “derecho penal mínimo” de Alessandro Baratta, y de proyectar la aplicación teórica de algunos de sus principios al procedimiento inicial de nuestro estudio, conviene revisar los medios de defensa que la legislación vigente ofrece en la AP para luego constatar su ineficacia práctica.

### **A. El recurso ordinario y el juicio de garantías.**

En el procedimiento de AP difícilmente existen, contemplados como tales, recursos ordinarios ni medios de defensa que el inculpado pueda hacer valer ante el MPF, por lo que desde esta arista sería infructuoso examinar el tema, pues es factible que el inculpado pueda acudir al JA de manera directa, es decir, sin necesidad de interponer oportunamente algún recurso capaz de revocar, modificar o nulificar el acto, puesto que la ley no los concede a dicho sujeto.

En cambio los ofendidos cuentan con los recursos previos derivados del artículo 133 del CFPP, lo que nos obliga a detenernos en el aspecto de la definitividad del acto para ser susceptible de combatirse mediante el JA:<sup>1</sup>

*ARTÍCULO 133.- “Cuando en vista de la AP el agente del [MPF] a quien la ley reglamentaria del artículo 102 de la CPEUM faculte para hacerlo, determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querella, el denunciante, el querellante o el ofendido, podrán ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de 15 días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.*

*“Contra la resolución del Procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad”.*

---

<sup>1</sup> *Supra.* Cap. I, pp.61 y ss.

No obstante, la Primera Sala de la SCJN, en su tesis número 1ª. XII/2002,<sup>2</sup> ha interpretado que cuando el MPF se niega a conocer hechos denunciados, no se requiere agotar el recurso del artículo 133 del CFPP previamente para acudir al JA. Ello a diferencia del supuesto en que dicha autoridad no ejercita acción penal, en el cual sí se requiere anteponer el medio de impugnación ordinario de manera obligatoria.

El señalado descarrío del artículo 133 del CFPP lo corrigió en parte la reforma al artículo 21 párrafo cuarto de la CPEUM,<sup>3</sup> respecto de la cual el 5º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha precisado, en su tesis número I.5º.P.26 P,<sup>4</sup> la procedencia del JA a favor de la víctima y del ofendido, contra la abstención del Procurador para ejercitar acción penal o contra su desistimiento.

Esta tesis muestra que la laguna legal que el maestro Juventino V. Castro, señalaba en 1996, se cubrió parcialmente hasta 2002, por algunos tribunales, en el sentido de que:

---

<sup>2</sup> “RECURSO ORDINARIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 133 DEL CFPP. PARA QUE EXISTA OBLIGACIÓN DE AGOTARLO PREVIAMENTE A LA INTERPOSICIÓN DEL JUICIO DE GARANTÍAS, SE REQUIERE QUE EL ACTO RECLAMADO CONSTITUYA UNA DETERMINACIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL QUE SÓLO PUEDE DICTARSE EN UNA AP.- *El recurso ordinario a que alude el citado numeral procede cuando en vista de la AP el agente del ministerio público determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieran denunciado como delitos, esto es, dicho medio de impugnación es procedente contra una resolución de no ejercicio de la acción penal, cuando se haya emitido como consecuencia de una AP. Ahora bien, cuando en respuesta directa a una denuncia de hechos formulada por el quejoso, el ministerio público resuelve que se encuentra imposibilitado para conocer de aquéllos, en virtud de que operó la prescripción de la acción persecutora para iniciar o integrar la AP respectiva, no existe obligación del denunciante o querellante que se sienta afectado con ese tipo de resoluciones de agotar el recurso previsto en el artículo 133 citado, previamente a la interposición del juicio de garantías, pues además de que esa resolución no tiene como antecedente una AP, tampoco constituye una determinación de no ejercicio de la acción penal*”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XV, tesis número: 1ª. XII/2002. Febrero 2002. p. 30. Primera Sala de la SCJN. Amparo en revisión 968/99. Enero 30 de 2002. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

<sup>3</sup> *Supra*. Cap. I, p. 27.

<sup>4</sup> “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. EL DENUNCIANTE CARECE DE ÉL PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES RELATIVAS AL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL, CUANDO NO TIENE EL CARÁCTER DE OFENDIDO O VÍCTIMA EN EL DELITO DE QUE SE TRATE.- *El párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, adicionado mediante decreto publicado en el DOF el 31 de diciembre de 1994, en vigor el 1º de enero de 1995, establece la impugnación por vía jurisdiccional de las resoluciones del [MPF] sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, y la procedencia del JA indirecto respecto de las mismas la prevé el artículo 114, fracción VII, de la Ley de Amparo, pero no siempre el denunciante puede tener interés jurídico para promover el juicio de garantías, ya que por disposición expresa del artículo 10 de la Ley de Amparo, es requisito sine qua non que el quejoso tenga el carácter de víctima u ofendido en el delito de que se trate, entendiéndose por el primero, en quien recae la acción u omisión del sujeto activo, y por lo segundo, quien sufre un menoscabo en su esfera jurídica, que se puede traducir en un daño, ya sea físico, moral o patrimonial, como consecuencia de una conducta ilícita; de ahí que al ser ellos quienes resienten de manera personal y directa las consecuencias de los actos de la autoridad investigadora, es inconcuso que son los titulares para exigir los derechos aludidos por afectar su interés jurídico; por tanto, si quien denuncia la comisión de un delito no tiene el carácter de ofendido o víctima, carece de legitimación activa para promover el JA indirecto en contra de las resoluciones relativas al no ejercicio o desistimiento de la acción penal*”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XVI, tesis número I.5º.P.26 P. Octubre 2002. p. 1389. 5º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en Revisión 5/2002. Junio 12 de 2002. Unanimidad de Votos. Ponente: Horacio Armando Hernández Orozco. Secretario: Antonio Manuel Moscoso Pohlenz.

*“a la fecha no existe aún ley secundaria, federal o estatal, que establezca el procedimiento a seguir (por la víctima) para impugnar ese tipo de resoluciones (no ejercicio y desistimiento de la acción penal por el ministerio público) ni ante qué autoridad, a fin de que lo resuelto por ésta última pudiese ser un acto susceptible de reclamación en amparo”.*<sup>5</sup>

Pero fue con la reforma publicada en el DOF de junio 9 de 2000 al artículo 10 de la Ley de Amparo,<sup>6</sup> cuando finalmente quedó solucionada la indefinición legal al establecer los términos para la impugnación jurisdiccional del inejercicio y desistimiento de la acción penal, así como el de los bienes asegurados y afectos a la reparación del daño o de responsabilidad civil, mediante el JA.

Por otra parte, volviendo al asunto del recurso previo, el artículo 133 último párrafo del CFPP, intenta confortar al que obtiene resolución desfavorable, al prever que la última palabra del titular de la PGR sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal “puede ser motivo de responsabilidad”. ¿Pero ésta responsabilidad será para el Procurador que apuntaló el no ejercicio o para sus auxiliares? Y en todo caso, ¿Qué tipo de responsabilidad? ¿Penal, administrativa, civil o sólo “moral”?

Consecuentemente tampoco está claro, a qué autoridad compete hacer efectiva la responsabilidad de que puede ser motivo la confirmación del titular de la PGR respecto del inejercicio de la acción penal, ni qué efectos tendrá en la AP a la que “se le ha dado carpetazo”, si se opta por hacer efectiva esa “responsabilidad” *lato sensu*.

De los 2 acuerdos que estipulan el actuar del MPF en caso de no ejercicio de la acción penal (A/006/92)<sup>7</sup>, o reserva de actuaciones (A/007/92)<sup>8</sup>, sólo éste último prevé responsabilidad.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Castro, Juventino V. *Op. Cit.* Nota # 144, p. 32. La cita materia de la presente nota se refiere a la 12ª edición, correspondiente al año 1996, 4 años antes de la reforma a la Ley de Amparo.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 10.- “La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover Amparo: FRACCIÓN I.- “Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil; FRACCIÓN II.- “Contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y, FRACCIÓN III.- “Contra las resoluciones del ministerio público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional”. Cfr. Nota # 125.

<sup>7</sup> Cfr. Nota # 1, y Cap. I, pp. 61 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Nota # 81,

<sup>9</sup> ARTÍCULO OCTAVO.- “Cuando se demuestre negligencia en la prestación del servicio encomendado o se desobedeciere sin justa causa lo indicado en éste acuerdo y por ello operare la extinción de la acción penal [...], el servidor público se hará acreedor a responsabilidades del orden penal con independencia de cualquier otra que le resulte”. Acdo. Cit. Nota # 81.

Es discordante que un acuerdo que regula el inejercicio de la acción penal, no contemple responsabilidad alguna a pesar de que sus consecuencias son más nocivas para los intereses de los agraviados por el delito, que las que derivan de la aprobación superior de una consulta de reserva (la que mientras no opere la prescripción no será definitiva). En realidad está es otra prueba de cómo un simple acuerdo o circular llega a estar por encima de la Constitución y de las leyes, y por tanto no se debe aplicar.

Tal omisión es sumamente grave, y aunque pretendiera suplirse con la infalibilidad de la decisión, derivada de al menos 3 revisiones o del paso por igual número de escritorios (el del MPF actuante, el del “auxiliar del Procurador” y el del Delegado estatal correspondiente), la posibilidad de error siempre subsiste. En nuestra opinión en ambos casos el agraviado debe exigir responsabilidad civil e incluso penal.

Salvo en los casos donde el querellante otorgue perdón al inculpado, o donde el agraviado expresamente manifieste su conformidad con la determinación ministerial de no ejercitar acción penal (previamente notificada), no hay justificación para no contemplar algún medio de impugnación contra la consulta y su consecuente aprobación, ni tampoco para no exigir responsabilidad a los servidores públicos que indebidamente la sostengan, y que sin duda deben hacerse responsables de su decisión.

Por otra parte, aunque el artículo 365 del CFPP otorga al ofendido y a la víctima el derecho a interponer el recurso de apelación, el mismo se contrae a la reparación de daños y perjuicios, y a las medidas precautorias conducentes a asegurarla; y únicamente tiene lugar ante el juez, por lo que para efectos de la AP no se considera recurso previo al no tener aplicación.

Finalmente, la reflexión es que no basta establecer recursos en las leyes si no existe posibilidad de hacerlos efectivos, de tal manera que se garantice a los agraviados por el delito que no habrá tecnicismos legales con los cuales quien resuelva evada deliberadamente revisar el fondo del asunto con verdadera seriedad.

Todo lo anterior devela los reducidos márgenes de procedencia del JA en la AP, y la falta de recursos legales ordinarios contra actos del MPF distintos a la decisión expresa de no ejercitar la acción penal. En este orden de ideas vale la pena, destacar que la interpretación judicial ha ampliado la suplencia de la queja en el JA que conocíamos para el inculpado, también para los agraviados por el delito.

El mérito es del 7º Tribunal Colegiado en Materia Penal, y la tesis es la número I.7º.P.5 P.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> “SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE A FAVOR DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO, CUANDO ÉSTE ES EL QUEJOSO EN EL JA.- *La fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo previene la suplencia de la deficiencia de la queja en materia penal a favor del “reo”; término este último que no debe seguirse interpretando en forma irrestricta, en relación con el inculpado, pues actualmente y después de sus reformas de septiembre de 1993, y 1999, en sus apartados ‘A’ y ‘B’; el artículo 20 constitucional reconoce igualmente las garantías de éste y los de la víctima u ofendido del delito, en una relación de equilibrio e*

Por lo que ve al inculpado, no hay mucha materia para que éste o su defensor puedan sujetar al control constitucional los actos del MPF. El aforismo “nada ni nadie por encima de la Constitución”, ahora usada de eslogan por el Poder Judicial Federal, no es del todo cierta. En general, los medios de defensa disponibles durante la AP son tan tardíos que en la práctica resultan poco efectivos, como se verá a continuación:

En primer lugar, el Pleno de la SCJN en su tesis aislada número LXIII/2004<sup>11</sup> ha considerado que por regla general la AP es constitucionalmente incontrolable. Este criterio confirma la poca utilidad del JA en la AP, sin que eso signifique que compartamos tal hecho, pues precisamente una de las causas que acrecientan las violaciones en la AP es la ausencia de control de los actos del MPF por órganos externos a la PGR.

---

*idéntica tutela de sus derechos procesales. Consecuentemente, la ley reglamentaria debe darles igual tratamiento, aun cuando son partes contrarias en la relación procesal, a fin de no desconocer la existencia de las GI que actualmente se consagran a favor de la víctima u ofendido; por ello, debe ampliar su connotación para hacer efectiva la tutela constitucional y suplir la deficiencia de la queja del ofendido, como se hace en beneficio del inculpado, pues los derechos de ambos son de elevada trascendencia social. Sin que sea necesario esperar se adecuen las disposiciones de la materia al vigente texto constitucional, porque el amparo es la institución tutelar de las garantías de los individuos y, con ese carácter, no puede resultar ineficaz y rígida, en detrimento del reclamo social de que se administre justicia pronta y expedita a la víctima del delito, quien ya expresó su causa de pedir, lo que es suficiente para analizar las violaciones que se adviertan y, sobre esa base, conceder la protección de la Justicia Federal solicitada, la que debe ser inmediata”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XV, tesis número I.7º.P.5 P. Abril 2002. 7º Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. p. 1352. Queja 17/2002. 8 de febrero de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Erik Zabalgoitia Novales. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIV, agosto 2001, página 1429, tesis I.5o.P.15 P, de rubro: SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE CUANDO EL OFENDIDO EN EL DELITO PROMUEVE JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. **Nota:** Sobre el tema tratado existen las denuncias de contradicción números 98/2002 y 57/2002, pendientes de resolver en la Primera Sala de la SCJN.*

<sup>11</sup> “AP. SU TRÁMITE, GENERALMENTE, NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL.- La AP consiste en una serie de diligencias realizadas por la autoridad investigadora en ejercicio de sus funciones de orden público y en cumplimiento de un imperativo constitucional, con objeto de indagar si hay elementos para determinar la existencia o inexistencia de un delito, así como, en su caso, a sus probables responsables; por tanto, como dentro de este procedimiento no se sabe de antemano cuál será el resultado, su trámite, generalmente, no propicia afectación alguna reparable por los medios de control constitucional; sin que con tal afirmación se soslaye que ciertos actos dentro de una AP sí puedan, por sus características y efectos propios y particulares, ser susceptibles de ese control”. Tesis aislada número LXIII/2004. Pleno de la SCJN. Recurso de Reclamación 208/2004-PL, derivado de la controversia constitucional 70/2004. Asamblea Legislativa del D.F. Septiembre 7 de 2004. Mayoría de 7 votos. Votaron en contra José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Guidño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

Al respecto, el maestro Miguel Sarre<sup>12</sup> ha desarrollado un interesante análisis sobre los controles del ministerio público, entre ellos el JA, al que clasifica como control extraordinario externo, por su carácter supletorio (en respuesta a petición o queja) y por provenir de órganos distintos al Poder Ejecutivo.

Este autor propone que la violación a la libertad personal, con motivo de los procedimientos penales y la consiguiente afectación del derecho de defensa, se sancione con la nulidad dejando en libertad al inculpado y analizando la validez de las actuaciones posteriores a la detención arbitraria, ello como una eficaz forma de que los órganos de justicia contribuyan a la formación del estado de derecho.

Coincidimos con el maestro Sarre Íguiniz, puesto que no se puede separar la ilegalidad de la forma de la de fondo, pues un acto de autoridad no sustentado en la ley debe ser nulo de pleno derecho.<sup>13</sup> Precisamente, la nulidad no sólo del acto sino de sus accesorios, como consecuencia del incumplimiento de la ley, constituye una garantía de seguridad jurídica, y al mismo tiempo es la mejor manera de restaurar la legalidad violada.

En cuanto a los casos de afectación de la libertad personal por autoridades administrativas fuera de procedimiento, dicho autor alerta que de aplicarse el criterio jurisprudencial de contradicción de tesis 20/95,<sup>14</sup> conforme al cual el amparo concedido contra orden de aprehensión o auto de formal prisión por irregularidades formales no produce el efecto de dejar libre al probable responsable ni de anular actuaciones posteriores, dicho juicio seguirá siendo inútil para este propósito.

---

<sup>12</sup> Sarre, Miguel. *Art. Cit. Nota # 267*, pp. 143 y 144.

<sup>13</sup> *Cfr.* Cap. II, pp. 168, 195 y 196.

<sup>14</sup> La jurisprudencia a que se refiere el maestro Miguel Sarre es la número: P./J. 59/96, con que el Pleno de la SCJN, resolvió la contradicción de tesis 20/95, entre las sustentadas por el 1º y el 2º Tribunales Colegiados del 9º Circuito: "ORDEN DE APREHENSION Y AUTO DE FORMAL PRISION. EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE POR FALTA O DEFICIENCIA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE ESAS RESOLUCIONES.- *Tratándose de órdenes de aprehensión y de autos de formal prisión, el amparo que se concede por las indicadas irregularidades formales, no produce el efecto de dejar en libertad al probable responsable, ni tampoco el de anular actuaciones posteriores, sino que en estos casos, el efecto del amparo consiste en que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado y con plenitud de jurisdicción dicte una nueva resolución, la cual podrá ser en el mismo sentido de la anterior, purgando los vicios formales que la afectaban, o en sentido diverso, con lo cual queda cumplido el amparo. De ahí que en la primera de esas hipótesis las irregularidades formales pueden purgarse sin restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, porque no estando afectado el fondo de la orden de aprehensión o de la formal prisión, deben producir todos los efectos y consecuencias jurídicas a que están destinadas*". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tesis: P./J. 59/96. Pleno de la SCJN, tomo IV, octubre 1996. p. 74. El Tribunal Pleno, en sesión privada de octubre 14 de 1996, aprobó esta tesis con el número 59/1996. Unanimidad de 11 votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Manuel Rojas Fonseca y Angelina Hernández Hernández.

Aunque en el artículo 114 de la Ley de Amparo<sup>15</sup> se estipulan los casos de procedencia del JA biinstancial, para nuestro estudio, en seguida se enlistan algunos de los actos (u omisiones) más comunes que en el procedimiento de AP son susceptibles de convertirse en actos reclamados para efectos del citado juicio, en agravio del inculpado:

1. La detención policiaca injustificada<sup>16</sup> en sí misma, y su aval consistente en el acuerdo ministerial de retención emitido indebidamente en términos del artículo 193 antepenúltimo párrafo del CFPP;
2. La incomunicación del detenido, prohibida por el artículo 20 apartado "A" fracción II de la CPEUM, y considerada como no sujeta a condición alguna por el último párrafo de dicho apartado;
3. La no admisión o el desechamiento de pruebas de descargo previamente ofrecidas;
4. La falta de desahogo de las pruebas que hubiesen sido admitidas, aún y cuando exista tiempo suficiente para ello, esté corriendo o no el término del artículo 194 *bis* del CFPP;
5. El no auxilio oficial para obtener la comparecencia de los testigos del inculpado a que se refiere la fracción V del apartado "A" del artículo 20 de la CPEUM;
6. La no emisión de acuerdo escrito en respuesta al derecho de petición consagrado en el artículo 8 constitucional, así como el incumplimiento de hacerlo conocer en breve término al peticionario;
7. El aseguramiento o desposesión indebida de bienes, o sin seguir las formalidades correspondientes.

Por otra parte, en el caso del JA para el inculpado, también se aplica la regla general del artículo 73 fracción XIII de la Ley de Amparo<sup>17</sup> que lo considera improcedente contra resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo contra las que la ley conceda algún recurso o medio de defensa,<sup>18</sup> dentro del procedimiento, capaz de modificarlas, revocarlas o anularlas, aun cuando el agraviado no lo hubiese hecho valer oportunamente.

---

<sup>15</sup> ARTICULO 114.- "El amparo se pedirá ante el juez de distrito: FRACCIÓN I.- "Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos [...], decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso; FRACCIÓN II.- "Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. [...] cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia. FRACCIÓN III.- "Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido [...]. FRACCIÓN IV.- "Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación; FRACCIÓN V.- "Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería; FRACCIÓN VI.- "Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1° de esta ley. FRACCIÓN VII.- "Contra las resoluciones del ministerio público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional".

<sup>16</sup> *Supra*. Cap. II, pp. 194 y ss.

<sup>17</sup> Se trata del "principio de definitividad", también establecido en el inciso "a)" de la fracción II del artículo 107 constitucional.

<sup>18</sup> *Supra*. Capítulo III, pp. 214 y ss.



Los 2 únicos casos de excepción al recurso ordinario previo que contempla ésta disposición son:

En JA indirecto contra actos que afecten a terceros extraños al juicio, conforme al artículo 107 fracción VII constitucional; y, Cuando el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales a que se refiere el artículo 22 de la CPEUM (muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento de cualquier especie, multa excesiva, y confiscación de bienes).

Como se advierte, los casos de excepción no comprenden al preciado bien de la libertad, lo que implica que, en caso de existir algún recurso previo que combata el acto reclamado, deberá agotarse previamente para que el JA sea procedente.

No obstante la jurisprudencia número 54 de la Primera Sala de la SCJN<sup>19</sup> a propósito de los actos que admiten jurisdicción concurrente ha establecido otras excepciones, entre las que está la libertad apuntada:

**“AUTO DE FORMAL PRISIÓN, PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL, SI NO SE INTERPUSO RECURSO ORDINARIO.-** *Cuando se trata de las garantías que otorgan los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, no es necesario que previamente al amparo se acuda al recurso de apelación”.*

En materia penal, existen 4 recursos: revocación, apelación, denegada apelación y queja; los cuales, como se ha señalado, sólo combaten resoluciones judiciales, y no determinaciones ni acuerdos del MPF. Con ello, como se señaló al inicio, la causal de improcedencia por no promover previamente el medio ordinario de impugnación no aplica a la AP, por no existir recurso en ella. No obstante, se presentan otras 2 dificultades para el inculpado que llevan al fracaso su derecho de acudir el JA contra violaciones derivadas de la AP:

El reducido término (48 horas), en la gran mayoría da lugar a que ni siquiera la suspensión provisional (dependiendo del acto reclamado) alcance a restaurar el mandato constitucional, pues el ejercicio de la acción penal deja sin materia el JA contra alguna violación en la AP, y debe sobrellevarse como destino inevitable y recurrente; y, La dificultad para probar la existencia del acto reclamado durante la audiencia constitucional, o el cese de sus efectos, lo que no lo exenta de haber generado consecuencias anteriores.

---

<sup>19</sup> Apéndice 2000, 5ª época, tomo II, tesis de jurisprudencia número 62, p. 45. Primera Sala de la SCJN. Amparo en revisión 1585/36.-Vasconcelos María Dolores.-24 de abril de 1936.-Mayoría de cuatro votos.-Disidente: Daniel Galindo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Amparo en revisión 3780/36. Orihuela Pablo. Agosto 8 de 1936. Unanimidad de 4 votos. Amparo en revisión 2263/36. Cruz Rodrigo M. Septiembre 5 de 1936.-Unanimidad de 4 votos. Amparo en revisión 4611/36. Rivera Amador. Septiembre 23 de 1936. Unanimidad de 4 votos. Amparo en revisión 4643/36. Santana Cuéllar Luis. Septiembre 30 de 1936. Unanimidad de 4 votos. Apéndice 1917-1995, tomo II, primera parte, p. 30, Primera Sala, tesis 54. Con ésta jurisprudencia se amplía enormemente el catálogo inicial de procedencia del artículo 114 de la Ley de Amparo. Existen otras excepciones fundamentadas igualmente en la interpretación judicial, pero al no resultar de interés para la AP (procedimiento al que se limita el presente trabajo), no se abunda más al respecto.

Por otro lado, en ocasiones la suplencia en la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda en el JA en materia penal, a que se refiere el artículo 76 *bis* fracción II de la Ley de Amparo, no es ejercida por la autoridad constitucional y en muchas resoluciones sólo es simulada.

Cuando el juicio de garantías culmina con una sentencia favorable que determine que se violó alguna GI del inculpado, incomprensiblemente, no hay responsabilidad para la autoridad responsable, más allá de cumplir con el fallo en el término legal e informarlo al juez de amparo.

El maestro Raúl Guillén López,<sup>20</sup> plantea que si toda violación de GI constituye un delito, y si la sentencia ejecutoriada que concede el amparo es una prueba documental con valor pleno del mismo, los jueces de amparo están obligados a consignar ante el ministerio público a la autoridad transgresora de las GI. Sin embargo, no lo hacen con lo cual fomentan la impunidad, la inobservancia de la ley, y ellos mismos incurrir en responsabilidad [y complicidad] con su omisión.

A pesar de la diferencia entre las leyes y quienes la aplican, y de esta impunidad de la autoridad responsable una vez concedido el amparo, estamos convencidos de que el JA como institución es absolutamente legal y en muchos casos sí funciona.

---

<sup>20</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, pp. 296 a 298.

En suma, conforme con el magistrado Ricardo Ojeda Bohórquez,<sup>21</sup> durante la AP “el indiciado no puede pedir amparo contra los actos del [MPF], salvo que se afecten directamente sus derechos subjetivos públicos contenidos en los artículos 16, 19 y 20 constitucionales”, es decir, cuando afecten sus derechos, propiedades o posesiones, o su libertad personal. Igualmente el ofendido podrá pedir amparo contra actos que afecten sus derechos subjetivos públicos contenidos en los artículos 14, 16, 20 y 21 de la CPEUM.

Esto significa que el acto más trascendente del MPF, el ejercicio de la acción penal, no es combatible por el inculpado a través del JA. En cambio, conforme con la tesis por contradicción número 1ª/J.16/2001,<sup>22</sup> de la Primera Sala de la SCJN, la abstención del MPF de pronunciarse sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal, sí es materia de amparo.

Finalmente, el maestro Miguel Sarre<sup>23</sup> aclara que con independencia de la efectividad del JA para combatir actos arbitrarios del ministerio público fuera de proceso, es evidente la importancia que tiene el control de sus actos que puedan afectar la libertad personal como derecho fundamental y presupuesto para el ejercicio de las demás libertades.

---

<sup>21</sup> Ojeda Bohórquez, Ricardo. *El Amparo Penal Indirecto*. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2002. p. 109.

<sup>22</sup> “ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O NO EJERCICIO DE AQUÉLLA.- *El Pleno de la SCJN ha sostenido el criterio de que el juicio de amparo indirecto es procedente en contra de las determinaciones del ministerio público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, mientras no se establezca el medio ordinario de impugnación en la vía jurisdiccional. Ahora bien, dicha procedencia debe hacerse extensiva en contra de la abstención del representante social de pronunciarse sobre los resultados que arroje la AP, en virtud de que tal omisión tiene los mismos o más graves efectos que los de una resolución expresa de no ejercicio o desistimiento. Esto es así, porque el gobernado queda en completo estado de incertidumbre e inseguridad jurídica con respecto a la persecución de los presuntos delitos por él denunciados, situación que precisamente quiso evitar el Constituyente Permanente al propugnar por la reforma del cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución Federal, publicada en el DOF [de diciembre 31 de 1994]. En consecuencia, para hacer efectivo el propósito del Constituyente Permanente, consistente en procurar que las denuncias sean atendidas y que el ministerio público ejercite las funciones de investigación que le encomienda la ley, resulta procedente otorgar a los particulares el derecho de recurrir la omisión de éste de emitir algún pronunciamiento como resultado de la AP, a través del JA indirecto, hasta en tanto no se establezca el medio ordinario de impugnación; pues, de lo contrario, en nada beneficiaría al gobernado contar con el derecho de impugnar la resolución expresa de no ejercicio de la acción penal, si no cuenta con la facultad de exigir su emisión”.* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XIII, mayo 2001, p. 11. Primera Sala de la SCJN. Tesis número 1ª./J. 16/2001. Contradicción de tesis 35/99. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del 12º Circuito, por el 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito y por el 2º Tribunal Colegiado del 9º Circuito. Enero 17 de 2001. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Tesis de jurisprudencia 16/2001. Aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal, en sesión de abril 17 de 2001, por unanimidad de 5 votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

<sup>23</sup> Sarre, Miguel. *Art. Cit. Nota # 267*, p. 143.

## B. La Responsabilidad Administrativa y Penal.

La víctima, el ofendido y el inculpaado, pueden exigir que se finque responsabilidad a los servidores públicos que en la procuración de justicia los afectaron. Estas acciones, más que medios legales de defensa, son consecuencias de la mala actuación de estos servidores, porque difícilmente podrán incidir en el procedimiento de donde deriva la falta.

El título cuarto de la CPEUM, constituye el fundamento primordial de las responsabilidades de los servidores públicos comprendidos en el artículo 108 constitucional. El artículo 109 constitucional atribuye competencia al Congreso de la Unión y a las legislaturas locales para expedir las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y demás normas para sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, conforme con las prevenciones<sup>24</sup> en él contenidas.

Por otra parte, el artículo 109 citado se complementa con el 113 de la CPEUM, sobre la expedición de leyes reglamentarias que determinen las obligaciones de los servidores públicos para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables, los procedimientos y las autoridades facultadas para aplicarlas.

---

<sup>24</sup> ARTÍCULO 109.- *“El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones: FRACCIÓN I.- “Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas. FRACCIÓN II.- La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y FRACCIÓN III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse 2 veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza. Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan. Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo”.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada. Tomo IV. Artículos 94-122. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, DF. 2003. Art. 109. p. 181.

Las sanciones pueden consistir en suspensión, destitución o inhabilitación, o ser económicas, dependiendo del beneficio económico obtenido por el responsable y de los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, sin que excedan de 3 tantos de lo obtenido o causado, además:

*“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.<sup>25</sup>*

A partir de la CPEUM, el DOF de diciembre 31 de 1982 publicó la “Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”, dirigida a los comprendidos en los párrafos 1º y 3º del artículo 108 constitucional<sup>26</sup> y a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

Y en marzo 13 de 2002, el DOF publicó la “Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos”<sup>27</sup> destinada solamente a los servidores públicos federales del párrafo 1º del artículo 108 constitucional, y a quienes manejen o apliquen recursos públicos federales.

Esto significa que los agentes del MPF, autoridad que tiene que ver con nuestro estudio, son sujetos de la nueva Ley de Responsabilidades. Conforme con el artículo 10 de dicha ley, en las dependencias y entidades se establecerán unidades específicas, de fácil acceso al público, para que cualquier interesado pueda presentar quejas o denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

---

<sup>25</sup> *Op. Cit.* Art. 113. p. 215. El párrafo segundo se adicionó por reforma publicada en el DOF de junio 14 de 2002, que conforme con el primer párrafo del artículo único transitorio del mismo, entró en vigor en enero 1º de 2004 (segundo año siguiente al de su publicación).

<sup>26</sup> El párrafo primero del artículo 108 de la CPEUM establece que “*se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones*”. Y el párrafo tercero alude a “*los gobernadores de los Estados, los diputados [de] las legislaturas locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales*”.

<sup>27</sup> El artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos derogó los Títulos: 1º (de disposiciones generales), por lo que se refiere a responsabilidades administrativas; 3º (de responsabilidades administrativas); y, 4º (del registro patrimonial de servidores públicos) todos de la Ley Federal de Responsabilidades, únicamente por lo que respecta al ámbito federal.

Las quejas o denuncias deberán contener datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad del servidor público, conforme con las normas y procedimientos que establezca la Secretaría de la Función Pública, para que las quejas o denuncias del público sean atendidas y resueltas con eficiencia.

El artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos faculta a la Secretaría (de la Función Pública), al contralor interno o al titular del área de responsabilidades a imponer sanciones administrativas mediante el siguiente procedimiento:

1. Citará mediante notificación personal al presunto responsable señalando lugar, día y hora para una audiencia (en no más de 15 días ni menos de 5) para declarar sobre los hechos imputados que puedan ser causa de responsabilidad. También se señalará qué autoridad la desarrollará, los actos u omisiones imputados al servidor público y su derecho a comparecer asistido de defensor. Si el servidor público notificado no comparece sin causa justificada, se tendrán por ciertos los actos u omisiones imputados.

2. Concluida la audiencia el presunto responsable tendrá 5 días hábiles para ofrecer las pruebas que estime pertinentes con relación a los hechos atribuidos, las que se desahogarán.

3. Dentro de los 45 días hábiles siguientes se resolverá ya sea la inexistencia de responsabilidad o la imposición de sanciones administrativas al infractor, notificándosele en los siguientes 10 días hábiles. El mismo plazo, prorrogable por causa justificada hasta por 45 días hábiles, también corre para notificar al jefe inmediato o al titular de la dependencia o entidad, para efectos de la ejecución.

4. Durante la sustanciación del procedimiento son practicadas todas las diligencias para investigar la presunta responsabilidad del servidor público denunciado, requiriendo a éste y a las entidades involucradas la información y documentación necesarias, estando obligadas éstas a proporcionarlas de manera oportuna.

5. Antes o después del citatorio el área de responsabilidades puede suspender temporalmente al probable responsable, de su empleo, cargo o comisión, si a su juicio así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones, y sin que ello prejuzgue sobre su responsabilidad.

Si el servidor público no resulta responsable, será restituido en el goce de sus derechos cubriéndole las percepciones que debió recibir durante la suspensión, y si la misma fue difundida por cualquier medio masivo de comunicación, también se hará pública la resolución definitiva de no responsabilidad.

En cuanto al juicio político, tan en boga en el caso de un reciente ex jefe de gobierno del DF, regulado por los artículos 111 y 112 constitucionales, sólo se señalarán, para nuestro estudio, algunos de los servidores públicos que conforme con el artículo 110 de la misma CPEUM pueden ser sujetos del mismo:

Los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la SCJN, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, los jefes de departamento administrativo, los titulares de la PGR y de la Procuraduría del DF, los magistrados y jueces federales y del fuero común del DF, etcétera.

Finalmente, por lo que hace a la responsabilidad penal, cabe aclarar que la queja ante la contraloría interna de la PGR, y la denuncia penal (o querrela) presentada ante el MPF no necesariamente se excluyen entre sí, aunque en estos casos la misma dependencia es “juez y parte”, por lo que ambas instancias están tan desprestigiadas que la sociedad ya no tiene confianza en su efectividad.

Recuérdense las omisiones (dolosas o no) de casos tan renombrados como el del asesinato de Luis Donaldo Colosio, en el cual los investigadores que desfilaron por la “fiscalía especial” correspondiente, lo hicieron por el sueldo o por posición política, y no por convicción, al grado de que el constante cambio de procuradores y fiscales especiales enmarañó tanto el asunto que nunca se esclareció.

Con o sin negligencia o desviación de indicios, lo cierto es que existe un saldo negativo del asunto en la opinión pública, y quizás jamás se sabrá la verdad o se deban esperar décadas. La sociedad ya no tiene tiempo, además para entonces tal vez ya habrá prescrito. Muchas veces se ha dicho, con toda razón, que la mexicana es una “sociedad sin memoria” que muy pronto olvida todo lo que le han hecho.

Lo grave es que aún y cuando se trataba del potencial presidente no pasó nada. Entonces, que se puede esperar cuando un pobre agraviado por el delito acude a estas instancias porque no se le atendió debidamente o su impetración de justicia no fue satisfecha. O cuando a un inculpado se le conculcaron GI.

### **C. Las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.**

Como se ha señalado en la parte final del primer capítulo, la CNDH es el organismo competente en todo el país, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los DH, cuando sean imputadas a autoridades y servidores públicos federales, (excepto los del Poder Judicial Federal), o cuando en un mismo hecho, se involucren tanto servidores públicos de la federación, como de los estados o municipios.

Dicho organismo inicialmente se sustentó en la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicada en el DOF de junio 29 de 1992, por el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, la cual, según reforma publicada en el DOF de noviembre 26 de 2001, ahora se denomina "Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos", la cual es de orden público y se aplica tanto a nacionales como a extranjeros en México.

Se fundamenta en el apartado "B" del artículo 102 constitucional, y su estructura comprende 6 títulos y 76 artículos, más 8 transitorios, y ha sufrido 2 reformas publicadas en el DOF de enero 23 de 1998 (que entró en vigor en marzo 20 de 1998), y noviembre 26 de 2001 (en vigor al día siguiente a su publicación).

Si bien el objeto esencial la CNDH es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los DH que ampara el orden jurídico mexicano, como organismo dotado de autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, se incluyen en la ley disposiciones generales sobre su integración y facultades, y sobre su consejo consultivo, su secretaría ejecutiva y sus visitadores, su régimen laboral, patrimonio y presupuesto.

Sólo diremos que la CNDH se integra con un presidente, una secretaría ejecutiva, hasta 5 visitadores generales, un consejo consultivo,<sup>28</sup> y los visitadores adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones.

---

<sup>28</sup> Antes de la reforma de noviembre 26 de 2001 esta instancia se denominaba consejo de la CNDH.



Lo que interesa para nuestro estudio más que su organización y funcionamiento internos, es el procedimiento previsto para el trámite de quejas, donde se regulan sus acuerdos, recomendaciones, notificaciones, informes e inconformidades, así como las obligaciones, colaboración y responsabilidades de las autoridades y servidores públicos.

Según el artículo 4 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sus procedimientos serán breves, sencillos y sólo con las formalidades esenciales para la documentación de los expedientes “confidenciales”, bajo los principios de inmediatez, concentración y rapidez, procurando el contacto directo con quejosos, denunciantes y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas.

De las 15 atribuciones del artículo 6 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos destacan: recibir quejas de presuntas violaciones a DH; formular recomendaciones públicas no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; conocer y decidir en última instancia las inconformidades contra organismos de DH locales; y, procurar la conciliación entre quejosos y autoridades.

Los visitadores generales de la CNDH, auxiliados por los visitadores adjuntos, tienen facultad de recibir, admitir o rechazar las quejas e inconformidades de los afectados (sus representantes o los denunciantes), y de iniciar la investigación y las actividades necesarias para conciliar la solución inmediata de violaciones de DH, además de proyectar las recomendaciones o acuerdos, que se someterán al presidente.

Antes de describir el procedimiento a seguir ante la CNDH, hay que recordar su impedimento para conocer de actos y resoluciones electorales; resoluciones jurisdiccionales de fondo; conflictos laborales y consultas de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales.

En principio, las quejas pueden presentarse directamente o por representante ante la CNDH, y cuando estén privados de su libertad o se ignore su paradero, por parientes o vecinos (incluso menores de edad); y por organizaciones no gubernamentales legalmente constituidas, cuando los quejosos carezcan de capacidad efectiva para presentarlas, por sus condiciones físicas, mentales, económicas y culturales.

El plazo para presentar la queja es de un año contado desde el inicio de la ejecución de los hechos o desde que sean conocidos, y puede extenderse por excepción mediante resolución razonada de la CNDH, por infracciones graves a los DH. Para recibir y atender reclamaciones o quejas urgentes habrá personal de guardia a toda hora. En caso de violaciones de lesa humanidad no existe plazo.

La queja se presenta por escrito, y en casos urgentes por cualquier medio de comunicación electrónica, poniendo la CNDH a disposición de los reclamantes formularios que faciliten el trámite, y orientándolos sobre el contenido de su queja o reclamación, la cual también podrá presentarse oralmente, cuando no puedan escribir o sean menores de edad, proveyendo de traductor gratuito a quienes no hablen o entiendan correctamente el idioma español.

No se admiten comunicaciones anónimas, por lo que si el quejoso no se identifica y la suscribe en un primer momento deberá ratificarse dentro de los 3 días siguientes a su presentación. Y tratándose de internos en centros de detención o reclusorios, sus escritos deben transmitirse sin demora alguna a la CNDH por los encargados de los mismos o entregarse directamente a los visitantes generales o adjuntos.

Para admitir la instancia, y siempre y cuando proceda, el artículo 31 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos condiciona al quejoso a identificar a las autoridades o servidores públicos, cuyos actos u omisiones consideren haber afectado sus derechos fundamentales, debiéndose lograr dicha identificación en la investigación posterior de los hechos.

Cuando la instancia no se admita por ser “manifiestamente improcedente o infundada”, se rechazará de inmediato, y si ostensiblemente no es de competencia de la CNDH, se orientará al reclamante para que acuda ante quien le corresponda conocer o resolver el asunto.

La formulación de quejas y denuncias, y las resoluciones y recomendaciones emitidas, según el artículo 32 de la ley de la CNDH son compatibles con el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que correspondan a los afectados conforme a las leyes, y por ello no suspenden ni interrumpen sus plazos de preclusión, prescripción o caducidad, lo cual debe señalarse desde el acuerdo de admisión de la instancia.

El numeral 37 de la ley de la CNDH faculta a requerir por escrito al quejoso para que aclare su queja cuando no se deduzcan elementos que permitan la intervención de la CNDH. Después de 2 requerimientos sin respuesta, se archivará la queja por “falta de interés” del quejoso. Incluso ya admitida la queja, el presidente de la CNDH, puede declinar su competencia, consultando al consejo, cuando lo considere conveniente para preservar su autonomía y autoridad moral.

En caso de que se salven todas estas “trabas”, y la CNDH admita la queja, solicitará a los señalados como responsables (en casos de urgencia por cualquier medio de comunicación electrónica), un informe sobre los actos, omisiones o resoluciones atribuidos, dentro del plazo máximo de 15 días naturales, el cual podrá ser reducido en situaciones urgentes.

Admitida la queja, la CNDH contactará de inmediato al señalado como responsable intentando conciliar los intereses de las partes, “siempre dentro del respeto de los DH que se consideren afectados”, a fin de solucionar el conflicto. La solución satisfactoria o el allanamiento del responsable, en su caso, se hará constar archivando el expediente, que se reabrirá si el compromiso no se cumple en el plazo de 90 días.

El informe de las autoridades contendrá los antecedentes del asunto, los fundamentos y motivaciones de los actos u omisiones impugnados, si efectivamente éstos existieron, así como los elementos de información necesarios para documentar el asunto.

Si no se presenta el informe o la documentación que lo apoye, o se retrasa injustificadamente, se tendrán por ciertos los hechos materia de la queja, y la responsabilidad respectiva, salvo prueba en contrario.

El visitador general, cuando para la resolución de asuntos requiera una investigación, puede solicitar todo género de informes o documentos adicionales a los servidores públicos considerados responsables, a otras autoridades, o a particulares;<sup>29</sup> practicar visitas e inspecciones; citar a peritos o testigos; y, efectuar toda acción que, conforme a derecho, juzgue conveniente para conocer mejor el asunto.

---

<sup>29</sup> *Supra.* Cap. III, p. 226, punto “4J”.

Además en cualquier momento puede pedir a la autoridad competente, todas las medidas precautorias o cautelares necesarias (de conservación o restitutorias) para evitar la consumación irreparable de las violaciones denunciadas, o la producción de daños de difícil reparación, así como solicitar su modificación por cambio de las situaciones que las justificaron.

El visitador general valorará en su conjunto las pruebas presentadas por las partes, y las recabadas de oficio, de acuerdo con los principios de la lógica, la experiencia y la legalidad, a fin de que produzcan convicción sobre los hechos materia de la queja. Las conclusiones base de las recomendaciones sólo se fundamentarán en los documentos y pruebas del expediente.

Además de las recomendaciones, la CNDH podrá dictar acuerdos de trámite, obligatorios para las autoridades y servidores públicos para que comparezcan o aporten información o documentos, cuyo incumplimiento se sanciona conforme a los artículos 70 al 73 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

El artículo 70 de la ley de la CNDH, establece que las autoridades y servidores públicos serán responsables penal y administrativamente por los actos u omisiones en que incurran durante y con motivo del trámite de quejas e inconformidades ante la CNDH, de acuerdo con las disposiciones aplicables.

También se prevé un informe especial cuando persistan actitudes u omisiones que impliquen evasivas o entorpecimiento; denuncias ante los órganos competentes por delitos o faltas; poner en conocimiento de las autoridades superiores competentes, las que deberán informar a la CNDH sobre las medidas o sanciones disciplinarias impuestas; y, solicitud de amonestación pública o privada, al titular de la dependencia de que se trate.

La investigación concluye con un proyecto de recomendación, o un acuerdo de no responsabilidad, una vez analizados los hechos, argumentos, pruebas, elementos de convicción y diligencias practicadas, determinando si la autoridad violó o no los DH del afectado, por actos y omisiones ilegales, irrazonables, injustos, inadecuados, o erróneos, o dejó sin respuesta las solicitudes de los interesados durante un período que exceda notoriamente los plazos legales.

El proyecto de recomendación contiene las medidas procedentes para la restitución efectiva de los derechos fundamentales del afectado, y en su caso, para repararle los daños y perjuicios ocasionados. El acuerdo de no responsabilidad se dictará cuando no se comprueben las violaciones de DH imputadas. Ambos proyectos se someten a la consideración final del presidente de la CNDH.

Aunque parecería que el peregrinar del quejoso concluye al obtener una recomendación pública definitiva de la CNDH, que ya no admite ningún recurso,<sup>30</sup> en realidad esto no es así, pues la misma carece de carácter imperativo para el servidor público al que se dirige, y por sí misma no anula, modifica ni deja sin efecto las resoluciones o actos materia de la queja o denuncia.

Todavía faltará que la recomendación se notifique a la autoridad de que se trate, y que ésta dentro de los 15 días hábiles siguientes informe su aceptación y que en 15 días adicionales entregue las pruebas de su cumplimiento, pudiendo ampliarse el plazo si la naturaleza de la recomendación lo amerita. No obstante, puede ocurrir que la recomendación no se acepte.

Los resultados de la investigación, la recomendación, la aceptación y la ejecución de la misma, y, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad se notificarán inmediatamente al quejoso, mientras que las recomendaciones y acuerdos de no responsabilidad, según el artículo 51 de la ley de la CNDH se publicarán, resumida o totalmente, y excepcionalmente sólo se comunicarán a los interesados.

La consecuencia de las quejas, de resultar fundadas, demostrarse las violaciones y ser aceptadas, será la mera sanción al servidor público que cometió los excesos, pero en cuanto al fondo del asunto nada pueden hacer, para modificar situaciones construidas en base a arbitrariedades y violación de derechos, en perjuicio de los inculpados.

Para el maestro Guillén López,<sup>31</sup> la tarea primordial de la CNDH de proteger los DH, deja mucho que desear en la AP, y atinadamente sintetiza su labor en la recepción de quejas, petición de informes y documentos a las autoridades, realización de investigaciones y emisión de dictamen o recomendación.

Como se ha visto, no hay más medios de defensa que: el JA, la queja ante la CNDH o ante la contraloría interna de la PGR y la denuncia penal ante dicha procuraduría, a la cual pertenecen los servidores públicos que habrían incurrido en conductas delictivas al integrar alguna AP a su cargo.

---

<sup>30</sup> En caso de inconformidad los artículos 56 y 61 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos prevén los recursos de queja e impugnación, cuyas resoluciones ya no admitirán a su vez recurso alguno, los cuales proceden solamente contra organismos locales sin que tengan nada que ver con las recomendaciones o acuerdos de la CNDH. Así, el recurso de queja, sólo puede promoverlo el quejoso o denunciante, contra omisiones o inacción de los organismos de DH de los Estados de la República. Mientras que el recurso de impugnación procede contra las resoluciones definitivas de los organismos estatales de DH o contra las informaciones definitivas de las autoridades locales sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas, como una segunda instancia, y excepcionalmente contra acuerdos de tales organismos si a juicio de la CNDH, se violan ostensiblemente los derechos de los quejosos o denunciantes y deben protegerse de inmediato.

<sup>31</sup> Guillén López, Raúl. *Op. Cit.* Nota # 169, pp. 275 y 280.

Ninguna de estas defensas tiene la ventaja de suprimir los efectos de las violaciones cometidas en la AP, las que incluso llegan a consumarse irreparablemente con consecuencias devastadoras en el inminente proceso penal que llegue a seguirse, ante usanzas tan perjudiciales para los inculpados como la de aplicar la impropia llamada "*inmediatez procesal*".<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> *Supra.* Cap. II, pp. 160 y 161.

## **II. El derecho penal “mínimo” y el “garantismo penal”.**

Frente a la contención del poder que justifica al sistema penal por las limitaciones que le opone como el principio de legalidad, las garantías procesales, el principio “in dubio pro reo”, el control de la ejecución de sentencia, entre otros, de lo hasta aquí expuesto se obtienen aspectos críticos para cuestionar el “paradigma penal” como medio de control social, ante la constatación de su ineficacia en la práctica, y sobretodo en el procedimiento de AP de nuestro estudio.

Lo puesto en evidencia hasta ésta página se complementa con la selectividad de las detenciones policíacas; la ineficiencia o inexistencia de la defensa pública materialmente hablando; la estigmatización que produce el encarcelamiento, y los efectos secundarios del daño social, familiar y personal que causa; la falta de autonomía del MPF; la expropiación a las partes de su conflicto; y la operación de un sistema penal “subterráneo”, con cateos, operativos, ejecuciones y redadas extrajudiciales.

Por éstas y otras razones, es que desde no hace mucho tiempo se discute en el mundo de la criminología crítica contemporánea, de la filosofía jurídico penal y del mismo derecho penal, la racionalidad y humanidad del control penal, hasta el extremo de la descriminalización y el abolicionismo. Ello frente a los argumentos en pro de “lo penal”, que no pueden ser tampoco ignorados.

En este sentido, las propuestas de Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli sobre un “derecho penal mínimo”, con sus marcadas diferencias, sintetizan las conclusiones de alcance medio a las que ha llegado la discusión producida entre los partidarios del mantenimiento del sistema penal y quienes tienden a superarlo con otro tipo de controles.

En medio del debate de esta reflexión criminológica entre los abolicionismos que pretenden superar el paradigma penal y la contención del poder que lo justifica, hay que precisar primero una definición válida de derecho penal para poder llegar, en nuestro estudio, al derecho penal mínimo.

Los tratadistas Alejandro Alagia, Alejandro Slokar y Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>33</sup> consideran equívoco el uso frecuente de la expresión “derecho penal” para designar a la ley penal, la cual es tan sólo una parte del objeto del poder del derecho penal. Y agregan que la imprecisión no es inocua, porque confunde derecho penal (discurso de los juristas) con legislación penal (acto del poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo.

El análisis de estos 2 conceptos es previo a delimitar el horizonte de proyección del derecho penal, el cual se ha centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan el poder punitivo como forma de coacción estatal, caracterizada por sanciones diferentes a las otras ramas del saber jurídico: las penas.

Según estos autores, el derecho penal debe responder 3 preguntas fundamentales: **a)** ¿Que es el derecho penal? (teoría del derecho penal); **b)** ¿Bajo que presupuestos puede requerirse la habilitación de la norma penal? (teoría del delito); y, **c)** ¿Cómo debe responder a este requerimiento la agencia judicial correspondiente? (teoría de la responsabilidad punitiva).

En este contexto, definen al derecho penal como: “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las normas penales, propone a los jueces un sistema de orientación de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho”.<sup>34</sup>

Teniendo una definición de derecho penal como la transcrita, pasamos a lo que desde la óptica del tratadista Luigi Ferrajoli,<sup>35</sup> se entiende por “derecho penal mínimo” como sinónimo de “garantismo penal”:

Es “el modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva -tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites para tutelar los derechos de la persona”.

---

<sup>33</sup> Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, pp. 3 y 4.

<sup>34</sup> *Loc. Cit.*

<sup>35</sup> Ferrajoli, Luigi. Artículo: “*Garantías y Derecho Penal*”. Traducción al español de Marina Gascón. *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*. INACIPE. 2ª época. Número 1. México, D.F. Diciembre 2001. pp. 70 y 71.



El garantismo,<sup>36</sup> siguiendo al profesor Luigi Ferrajoli, se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, como expresión de minimización del “terrible poder” punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley. De tal modo que mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir, a reducir al máximo lo que el Poder Legislativo puede castigar; las garantías procesales se orientan a minimizar al máximo los márgenes de arbitrio del Poder Judicial.

Para nuestro estudio es éste último el que interesa,<sup>37</sup> es decir, el garantismo penal en su especie procedimental, y concretamente en lo relativo a la protección o tutela de los derechos fundamentales del inculcado previstos como GI de observancia en el procedimiento de AP.

Como se puede inferir, el maestro Luigi Ferrajoli asume su propuesta desde la defensa a ultranza de las estructuras presuntamente libertarias y garantizadoras del derecho penal liberal. Aunque claro, revalorizadas a partir de la presencia creciente de un autoritarismo basado en la “administrativización de la justicia” y en lo que denomina las “penas informales”.

Es aquí donde radica la diferencia con lo propuesto por Alessandro Baratta, quien adoptó una postura estratégica que se mueve hacia la transformación y abolición radicales del sistema penal futuro sobre la base del respeto de los DH históricamente determinados como “necesidades reales fundamentales”.

Por estas razones, nos hemos inclinado por las propuestas de Alessandro Baratta, al ser mucho más claro para los objetivos de la investigación. Para él, una política alternativa deriva de 5 resultados del análisis de las manifestaciones empíricas, organizaciones, funcionamiento y funciones reales de los sistemas punitivos:

---

<sup>36</sup> Se debe aclarar que el profesor Luigi Ferrajoli, distingue en realidad 3 acepciones de la palabra “garantismo”: 1] como un modelo normativo de derecho penal conocido como de “estricta legalidad”; 2] como una teoría jurídica de la validez y la efectividad como categorías distintas entre sí y respecto de la existencia o vigencia de las normas; y, 3] como una filosofía política que impone al derecho y al Estado la justificación externa de la tutela y garantía de los bienes e intereses que constituyen su finalidad. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto; Ruiz Miguel, Alfonso; Bayón Mohino, Juan Carlos; Terradillos Basoco, Juan; y Cantanero Bandrés, Rocío. Editorial Trotta. 6ª edición. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid, España. 2004. pp. 851 a 853.

<sup>37</sup> No obstante se aclara que el análisis de los “*principios para una política de mínima intervención penal*” propuestos por Alessandro Baratta, materia del presente capítulo, se refieren exclusivamente a los requisitos mínimos de respeto de los DH en la “ley penal”, es decir al nivel de la criminalización primaria, aunque hace alusiones a requisitos del respeto de DH en los subsistemas procesal y de ejecución según sean indispensables al enunciar los primeros.

- 1] La pena es violencia institucional, por limitar derechos y reprimir necesidades reales fundamentales;
- 2] Los órganos de justicia penal no representan ni tutelan intereses comunes de la sociedad sino de grupos minoritarios dominantes y socialmente ventajosos;
- 3] El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, tanto por la protección acordada de bienes e intereses, como por el proceso de criminalización y reclutamiento de clientela dirigido casi exclusivamente contra las clases más débiles;<sup>38</sup>
- 4] El sistema punitivo produce más problemas (al reprimirlos en lugar de resolverlos) de los que pretende solucionar;
- 5] La estructura organizativa y modo de operar del sistema punitivo es inadecuado y se opone a sus funciones declaradas.

De este modo, lo fundamental es afirmar los DH para contener la violencia punitiva (institucional) que no se puede aislar de la “violencia estructural”, ni de la injusticia en las relaciones de propiedad y de poder, sin perder el contexto material e ideal de la lucha por la transformación del sistema penal.<sup>39</sup>

El autor estimó que a partir de una función doble del concepto histórico-social sobre DH, una en sentido negativo como límites a la intervención penal y otra positiva como definición del objeto posible de tutela a través del derecho penal, ofrece un adecuado instrumento para el objeto prioritario de una política alternativa de control social: la máxima contención de la violencia punitiva.

La política de mínima intervención penal orientada al respeto de los DH se articula desde 2 puntos de vista del sistema penal:

- 1] Uno interno, del que resultan principios intrasistemáticos que indican los requisitos para introducir y mantener figuras delictivas en la ley; y,

---

<sup>38</sup> En este sentido, los investigadores Alicia González Vidaurri y Salomón Augusto Sánchez Sandoval, recuerdan el evento académico denominado “*Los Delitos de los Poderosos*”, en 1981, donde se denunció que los ricos también delinquen, pero que “gracias a su posición de poder, sus delitos quedan impunes, debido a que las normas jurídicas las redactan ellos [a través de sus empleados] para su beneficio propio y las aplican sus incondicionales”. González Vidaurri, Alicia; y Sánchez Sandoval, Augusto. *Criminología*. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2005. p xi.

<sup>39</sup> Baratta, Alessandro. “*Principios de Limitación Personal o Principios de Limitación de la Responsabilidad Penal. Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal*”. Universidad del Saarland. República Federal Alemana. Traducción original en italiano por Fernando Tenorio Tagle. Compilación de: Sánchez Sandoval, Augusto. *Historia y Evolución del Control Punitivo en México*. Capítulo Séptimo. A manera de Conclusión. Universidad Nacional Autónoma de México. “Campus Acatlán”. México, D.F. 2001. pp. 192 a 195. (Fotocopias).

2] Otro externo, del que derivan principios extrasistemáticos relativos a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización, y para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y problemas sociales.

En el siguiente segmento se revisan los principios antes señalados de manera más amplia con base en la exposición del propio Alessandro Baratta, que como se señaló únicamente comprenden el nivel de la criminalización primaria.<sup>40</sup> De igual manera, se hace una distinción de aquellos principios, que aunque corresponden al subsistema de la ley penal, tienen que ver con el del proceso penal, y en especial de los que pueden tener aplicación durante la AP mexicana.

---

<sup>40</sup> Para efectos de la investigación, se ha tomado la definición de criminalización primaria de Alejandro Alagia, Alejandro Slokar y Eugenio Raúl Zaffaroni, consistente en: *“el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”*. Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, p. 6.

### **III. Principios intrasistemáticos de la “mínima intervención penal” orientada al respeto y defensa de los derechos humanos a partir de Alessandro Baratta.**

Los principios intrasistemáticos se subdividen en 3: los de limitación formal, los de limitación funcional y los de limitación personal.

#### **A. Principios de limitación formal.**

##### **1. Principio de reserva de ley (legalidad en sentido estricto).**

Buena parte de las funciones punitivas se realizan fuera del derecho, por ello el primer requisito consiste en reducirla al ámbito y control de la ley, es decir, en limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas en la ley como delitos, excluyendo la posibilidad de introducir penas ajenas al ámbito del Poder Legislativo.<sup>41</sup>

En el caso de nuestro país, el principio de legalidad se contempla en el artículo 14 párrafo segundo,<sup>42</sup> y en cuanto a la materia penal en el párrafo tercero, del mismo artículo, ambos de la CPEUM.

La idea del tratadista Alessandro Baratta, parece dirigirse por una parte a la criminalización primaria como fuente exclusiva de instauración de penas, vedando que los Poderes Ejecutivo y Judicial tomen parte en ella. Y por otra, a tipificar las penas extralegales y demás actuaciones ilegales en “el desbordamiento de la función punitiva”, como delitos sometidos a sanciones penales, disciplinarias, civiles y administrativas, en defensa de los DH.

En cuanto a éste último punto, varios delitos tienen como bien jurídico tutelado alguna GI de los gobernados, incluso hasta mayo 19 de 2006 estuvo vigente la fracción II del artículo 364 del CPF, que tipificaba la privación ilegal de derechos y garantías constitucionales, y que lamentablemente quedo derogada por reforma publicada ese día en el DOF. El texto era el siguiente:

**ARTÍCULO 364.-** “Se impondrá de 6 meses a 3 años de prisión y de 25 a 100 días multa:

**FRACCIÓN II.-** “Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la [CPEUM] en favor de las personas”.

<sup>41</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, pp. 195 y 196.

<sup>42</sup> ARTÍCULO 14.- [...]. PÁRRAFO SEGUNDO.- “Solamente mediante juicio ante tribunales previamente establecidos, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y las leyes expedidas con anterioridad al hecho, se podrá privar a alguien de su vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos”. PÁRRAFO TERCERO.- “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Otros casos concretos se encuentran en el artículo 225 fracciones VIII, IX, X, XI, XII, XVIII, XX, XXVIII y XXIX del CPF,<sup>43</sup> que considera delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, las siguientes 9 violaciones a las GI, que en nuestro concepto pueden tener lugar en la AP:

**FRACCIÓN VIII.-** *“Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia;*

**FRACCIÓN IX.-** *“Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona [...] detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando ésta sea procedente conforme a la CPEUM y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación; o ejercitar la acción penal [sin que] preceda denuncia, acusación o querrela;*

**FRACCIÓN X.-** *“Detener a un individuo durante la AP fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo [...] más tiempo del señalado [en el artículo 16 párrafo 7º de la CPEUM];*

**FRACCIÓN XI.-** *“No otorgar, cuando se solicite, la libertad caucional, si procede legalmente;*

**FRACCIÓN XII.-** *“Obligar al inculpado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura;*

**FRACCIÓN XVIII.-** *“Ordenar o practicar cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley;*

**FRACCIÓN XX.-** *“Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no preceda denuncia, acusación o querrela; o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución;*

---

<sup>43</sup> La pena para quien cometa los delitos previstos en las fracciones VIII, IX y XX del artículo 225 del CPF consiste en prisión de 3 a 8 años y de 500 a 1, 500 días multa; y para los previstos en las fracciones X, XI, XII, XVIII, XXVIII y XXIX del mismo numeral, en prisión de 4 a 10 años y de mil a 2 mil días multa. Y en todos los casos, además de las penas de prisión y multa previstas, el servidor público será destituido e inhabilitado de 3 a 10 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Sin embargo, el delito no se considera “grave” por el artículo 194 fracción I del CFPP, y por tanto alcanza libertad provisional inmediata bajo caución asequible.

**FRACCIÓN XXVIII.** - *“Dar a conocer a quien no tenga derecho, documentos, constancias o información que obren en una AP o en un proceso penal y que por disposición de la ley o resolución de la autoridad judicial, sean confidenciales”; y*

**FRACCIÓN XXIX.** - *“Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 bis, del CFPP, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad”.*

La reforma publicada en el DOF de junio 6 de 2006, al artículo 215 del CPF que adicionó sus fracciones XIII y XIV, tipifica las mismas conductas que las fracciones XII y XXIX del numeral 225 antes transcritas.

La responsabilidad penal de los servidores públicos que vulneren GI constituye al menos una posibilidad incierta de defensa para los ciudadanos frente a la violencia generada por el sistema penal, especialmente durante la AP. Sin embargo, la denuncia penal de alguno de estos delitos no es la solución automática, ya que implica iniciar una nueva AP, ante la instancia a que pertenece quien cometió las violaciones.<sup>44</sup>

Cuando el inculpado se transforma en víctima u ofendido como consecuencia de las violaciones a sus GI por del MPF o su policía, a menudo enfrenta al menos 5 dificultades para llevar a cabo su pretensión:

**a.** La competencia territorial para conocer del delito, que según el artículo 6 del CFPP corresponde a la autoridad (MPF) del lugar donde se comete, salvo los casos de concurso de delitos conexos y “seguridad en las prisiones”. Esto significa que en principio conocería de las violaciones a las GI la misma autoridad que las conculcó (para lo cual habrá de excusarse) o en su defecto, algún compañero o amigo suyo.

**b.** Esta situación implica el inconveniente de la influencia que ejercerá el MPF que incurrió en responsabilidad penal, respecto de la AP y de quien la integra, por pertenecer a la misma institución.

Si bien la posibilidad de que el MPF, que conozca una AP contra un homólogo, lo favorezca para evadir su responsabilidad es menor en ciudades pequeñas donde hay agencias únicas del MPF, que en grandes urbes donde todos se conocen, porque en razón del impedimento la AP será llevada a otra agencia; el problema para la víctima será la lejanía de su residencia para poder estar pendiente del asunto.

---

<sup>44</sup> *Supra.* Cap. I, p. 111 y, Cap. III, p. 227.

c. El estigma social que recae sobre el inculpado como una forma de discriminación cuando pasa a ser víctima, hipótesis en que se le resta credibilidad y no deja de ser tratado como delincuente a pesar de ser en realidad un agraviado por el delito.

d. La separación entre la indagatoria principal y la nueva que se abra con motivo de los hechos donde se lesionaron derechos del inculpado, ahora convertido en víctima, puesto que ello reducirá su efectividad y pasará a un segundo plano, en donde no hay prisa, a diferencia de la AP inicial. Además al desvincularse de los hechos que dieron origen se evita que las pruebas obtenidas ilegalmente puedan ser anuladas en sede judicial.

e. La insuficiencia de pruebas, no porque no existan sino porque, al estar privado de su libertad el inculpado víctima, no tendrá posibilidad de recabarlas, puesto que este tipo de actos ocurren ante la ausencia de testigos dispuestos a declarar, además se expone a la desaparición de indicios y al ocultamiento de probanzas. Es lógico que el MPF que cometió las violaciones deliberadamente borre las huellas de sus excesos en el expediente.

La responsabilidad administrativa, e incluso la civil, son también otras formas de proceder contra las arbitrariedades cometidas por el MPF en la AP, al igual que la intervención de la CNDH.

Otra manera de poder controlar los actos del MPF, aunque de manera limitada como se ha visto anteriormente,<sup>45</sup> es la instrumentación del JA. Sus limitaciones consisten en que a pesar de que llega a declararse judicialmente que en un caso concreto se violaron determinadas GI, la violación queda impune, y los efectos restitutorios se limitan a la esfera procesal, y en la medida de lo reparable.

En nuestro país, se considera que al menos en forma declarativa el principio de reserva de ley está inserto en las leyes, ya que las penas impuestas por la ejecución de conductas consideradas delito provienen del proceso legislativo,<sup>46</sup> que de manera reservada provee la criminalización primaria.

---

<sup>45</sup> *Supra.* Cap. III, pp. 218 a 222.

<sup>46</sup> *Supra.* Cap. I, p. 21.

La otra modalidad del principio de reserva de ley, consistente en la protección de los DH, también de manera formal se cumple en nuestra legislación: Así se tienen las disposiciones relativas a las responsabilidades de los servidores públicos, la LFPST, la ley de la CNDH; las prohibiciones expresas de violaciones de GI establecidas en la parte dogmática de la CPEUM; y los delitos contemplados en el CPF.

El tratadista Luigi Ferrajoli,<sup>47</sup> considera que el modelo penal garantista, aun cuando recibido en las constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales.

El problema fundamental en México, para aseverar que éste principio se respeta, es la aplicación de los contenidos de las leyes. Aun y cuando existen las disposiciones antes señaladas, las mismas no son efectivas, y por tanto la legalidad *stricto sensu* sólo es aparente pero inexistente en el mundo fáctico.

Los avances deben darse en la medida en que los medios de defensa sean integrales y tengan trascendencia en la AP y en el proceso, y no queden aislados como hasta ahora, puesto que tales principios son recogidas por la CPEUM precisamente con el propósito de dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades de la autoridad.

Por ello, una de las propuestas estriba en revisar éstos mecanismos para la defensa de las GI con que cuentan los sujetos involucrados en la AP, en función de su verdadera protección legal, para evitar su dispersión, su retardo y sus limitaciones legales en el procedimiento de donde derivan. Se requiere concatenar la AP al JA como medio fundamental de restauración de GI con consecuencias de anulación de actos y de sanción a las autoridades responsables.

Al mismo tiempo se debe dar agilidad a la tramitación del juicio de garantías, y facultar a los jueces y magistrados que lo resuelven a la imposición de sanciones para las autoridades responsables en los casos en que se conceda la protección, así como para la anulación de todo lo actuado a partir de la violación en vez de convalidarla. Si en una AP se vulneraron GI el juez debe considerar nulo el procedimiento.

Con esto, desde el punto de vista de la víctima, muchos de los problemas de impunidad estarían ligados a la falta de respeto de los DH, por lo que la responsabilidad de los agentes del MPF que violen GI del inculpado y con ello destruyan la posibilidad de que la acción penal sea ejercitada con éxito, dejando al ofendido sin reparación de daños y perjuicios, debe ser asumida y pagada por el Estado el que podrá repetir a su vez contra los servidores públicos responsables.

---

<sup>47</sup> Ferrajoli, Luigi. *Op. Cit.* Nota # 341, p. 851



También se propone incrementar los casos de procedencia del JA, dentro de la AP con el propósito de fiscalizar judicialmente el apego a la CPEUM en la actividad del MPF, como ya se ha planteado incluso en debates al seno del Congreso de la Unión.<sup>48</sup>

La suspensión provisional del acto reclamado debe tener por efecto detener la consignación de la AP, y producir la libertad del quejoso, tomando las medidas que impidan su sustracción, hasta en tanto se resuelve la suspensión definitiva y el fondo del amparo, para impedir de esta forma que el MPF al ejercitar acción penal logre el sobreseimiento por cambio de situación jurídica, y que las violaciones cometidas a las GI queden impunes.

El principio estudiado puede ser aplicado en la AP pero desde el punto de vista de la criminalización primaria, y no directamente en el procedimiento. Lo mismo sucede en el caso de los principios de taxatividad, irretroactividad, supremacía de ley sustantiva y representación popular, que se verán en seguida, debido a que fueron considerados por el autor estudiado como especificaciones de éste principio de legalidad, entendido *sentido lato*.

---

<sup>48</sup> *Supra.* Cap. II, p. 123.

## 2. Principio de taxatividad.

Por taxatividad se entiende una limitación al sentido preciso del término o a una sola de sus acepciones, y para ello la ley debe determinar con claridad cuál es la conducta punible y su resultado. Siguiendo a Baratta, sólo cuando ocurra la conducta expresamente prevista en la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos se aplicará pena. Por lo que se excluye y prohíbe su aplicación analógica. Se busca la objetividad del proceso de concretización judicial de las figuras delictivas.<sup>49</sup>

El ministro Eugenio Raúl Zaffaroni y los profesores Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, conciben el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa”,<sup>50</sup> como un limitativo impuesto al sistema, derivado de la previa decisión (función) política que le señala su función. Estos autores consideran que no basta que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra.<sup>51</sup>

Y advierten que: cuando el legislador prescinde del verbo típico, cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, o cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene 2 posibilidades: Declarar la inconstitucionalidad de la ley; o, aplicar el mencionado principio, debiéndose optar por la primera salvo que tenga por resultado una irracionalidad aún mayor.

Asimismo, coinciden en que dicho principio se manifiesta en la prohibición absoluta de la analogía<sup>52</sup> penal *in mala partem* (la que extiende la punibilidad), a diferencia de la analogía *in bonam partem* (la que restringe más allá de la letra de la ley), la cual es admisible siempre que no sea arbitraria. Por ello, sólo la ley penal es fuente de criminalización primaria, sin que el juez deba completar los supuestos.

---

<sup>49</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, pp. 196 y 197.

<sup>50</sup> Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, pp. 110 a 112.

<sup>51</sup> *Cfr.* Cap. I, pp. 32 y 41.

<sup>52</sup> Por analogía estos autores entienden completar el texto legal, en forma que se considere prohibido lo que permite, reprochable lo que no reprocha, o punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad. Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, p. 111.

La CPEUM en su artículo 14 párrafo 3º consagra como GI el principio de taxatividad, por lo que al menos está cubierta la prohibición de la aplicación analógica de la ley en materia penal, y la seguridad jurídica de no ser sancionado con penas no previstas en la ley ni exactamente aplicables al delito de que se trate.<sup>53</sup>

No obstante, la legislación mexicana se queda corta en la concretización de delitos, ya que las cláusulas generales al igual que los elementos normativos de las descripciones típicas son más que abundantes, contrario a lo que recomienda el principio, pues deben ser limitadas al máximo, sin reenviarse a “normas y valoraciones sociales cuya existencia y contenido sean empíricamente controlables”.

Ejemplo de este reenvío indebido lo constituye el delito previsto en el artículo 171 fracción II del CPF, que impone prisión hasta de 6 meses, multa hasta de 100 pesos y suspensión o pérdida del derecho a usar la licencia de manejador, “al que en estado de ebriedad o bajo influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor” (...).

En este caso, se podría buscar en los inventarios de infracciones contenidos, por ser delito federal, en la Ley de Vías Generales de Comunicación, y en la Ley de Caminos y Puentes y Autotransporte Federal. No obstante, como el tipo penal es claro al señalar que se cometa “alguna infracción a los reglamentos”, la referencia es al Reglamento de Tránsito en Carreteras Federales.<sup>54</sup>

Los tipos penales abiertos son muy comunes en la redacción del CPF, y en otras legislaciones que establecen ambigüedades como delitos, entre ellos la Ley General de Población, la LGS, en algunos casos la LFAFE y el Código Fiscal de la Federación, entre otros. La tarea pendiente consiste en revisar éstos tipos para suprimir los que contengan más elementos normativos que objetivos y subjetivos, y hacerlos más concretos, para romper con el círculo vicioso de que en México casi todo sea delito.

---

<sup>53</sup> Se prohíbe imponer por simple analogía o mayoría de razón cualquier pena no decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Se trata del principio clásico de Paul Johaan Anselm Von Feuerbach: “*Nulla Poena Sine Lege, Nulla Poena Sine Crime*”. Cfr. Nota # [347](#).

<sup>54</sup> Por fortuna, con fecha enero 26 de 2005, la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo en revisión 703/2004, por unanimidad consideró al artículo 171 fracción II del CPF norma penal “en blanco” y por tanto violatorio del “principio de reserva de ley en materia penal”, al remitir al reglamento administrativo, el cual contiene el núcleo esencial de la prohibición sancionable. La consecuencia de tal remisión a una norma de inferior jerarquía (reglamento) para la integración del tipo, es que la ley penal vaya variando por la sola voluntad del autor del reglamento (Poder Ejecutivo), lo que modifica *de facto* el tipo penal sin necesidad de acudir a los procesos legislativos ordinarios, dejando en sus manos tareas de criminalización de las conductas que son monopolio exclusivo e indelegable del Poder Legislativo según los artículos 14 y 73 fracción XXI constitucionales.

### 3. Principio de irretroactividad.

El tratadista estudiado<sup>55</sup> estableció que el principio de irretroactividad tiene por función garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas negativas del comportamiento y la certeza del derecho, prohibiendo aplicar cualquier condición (pena, agravante o sus equivalentes) más desfavorable al imputado no prevista en ley con anterioridad al hecho.

El artículo 14 párrafo primero de la CPEUM contempla el principio como GI, al señalar que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Esta prohibición se considera que abarca tanto al legislador (ordinario, más no constituyente) como al órgano de aplicación.

Los artículos 56 y 117 del CPF, por reformas publicadas en el DOF de diciembre 23 de 1985, al respecto de la aplicación retroactiva de la ley a favor del inculpado establecieron que:

*ARTICULO 56.- “Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma”.*

*ARTÍCULO 117.- “La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.*

Conforme con la manera como el maestro Alessandro Baratta concibió el principio, se comprende tanto al régimen procesal como al de ejecución de la pena. En contravención a ello, en el caso de nuestro país, la jurisprudencia ha establecido 2 excepciones a la irretroactividad en perjuicio de persona:

---

<sup>55</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 197.

- a. Cuando se trate de disposiciones de carácter constitucional, en cuyo caso será de manera ilimitada; y,
- b. Las de naturaleza procesal, “siempre que no se menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que se han consumado por la preclusión”.<sup>56</sup>

En cuanto a la retroactividad a favor del inculpado, el Primer Tribunal Colegiado del 9º Circuito, en su tesis de jurisprudencia número 699,<sup>57</sup> estima procedente el caso del artículo 56 del anterior Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley que le beneficie, a cargo del juez o tribunal que conozca del asunto o del Poder Ejecutivo si se trata de sentenciados.

---

<sup>56</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comentario de Héctor Fix-Zamudio. Artículo 14. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. Tomo I. Artículos 1-29. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003. pp. 194 y 195.

<sup>57</sup> “RETROACTIVIDAD. CUANDO CORRESPONDE AL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL RESOLVER SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE.- *El juicio de amparo es, en esencia, un medio de defensa cuyo objeto es examinar la legalidad del acto reclamado, pues el órgano de control constitucional decide si el acto reclamado viola o no GI, y en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, no pudiéndose admitir ni tomar en consideración, las pruebas no rendidas ante dicha autoridad; así pues, sería ajeno al objeto, esencia misma del juicio de amparo, disponer que se apliquen en beneficio del quejoso, las reformas de que hubiera sido objeto la ley penal (previando una pena más favorable al sentenciado), cuando tales reformas no estaban vigentes al emitirse la sentencia reclamada, pues la litis en el juicio de amparo consiste en decidir si la sentencia reclamada se dictó conforme a la ley penal aplicable, es decir, la ley vigente cuando sucedieron los hechos o cuando la sentencia fue emitida, siendo de advertir que conforme al artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, si entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley, ésta deberá aplicarse retroactivamente cuando beneficie al inculpado o indiciado y corresponde hacer dicha aplicación a la autoridad que conozca del asunto; es decir, si no ha concluido el proceso, será el juez o tribunal de apelación que conozca de él, quien aplique la nueva disposición legal, mientras que si se trata de sentenciados, la aplicación de la misma corresponderá al Poder Ejecutivo, encargado de la ejecución de las sanciones, aplicar la ley más favorable”.* Apéndice de 1995, 8ª época, tomo II, parte TCC. Jurisprudencia número 699. Primer Tribunal Colegiado del 9º Circuito. p. 443. Amparo directo 285/93. Roque Robledo Luna. Septiembre 30 de 1993. Unanimidad de Votos. Amparo directo 365/93. Juan Espíndola Hernández. Noviembre 25 de 1993. Unanimidad de Votos. Amparo Directo 399/93. Emiliano Hernández Rivera. Enero 13 de 1994. Unanimidad de Votos. Amparo Directo 419/93. Celestino Espinoza González. Enero 13 de 1994. Unanimidad de Votos. Amparo Directo 116/94. Javier Antonio de la Cruz Maldonado. Abril 28 de 1994. Unanimidad de Votos. Nota: tesis IX.1º.J/16, Gaceta número 79, p. 63. Véase Ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV, julio, 1ª parte. p. 351. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo I, mayo 1995, p. 124, tesis por contradicción número 1ª.JJ.7/95.

#### 4. Principio de la supremacía de la ley penal sustantiva.

El principio de supremacía de la ley penal sustantiva consiste en extender las garantías contenidas en el principio de legalidad a la posición que guarde el individuo en cualquiera de los subsistemas en que está dividido el sistema penal, sin que la limitación de derechos pueda ser mayor a la prevista para los delitos por los que una persona puede ser indiciada, imputada o condenada.

Se excluyen las medidas restrictivas de los derechos del individuo, formales o de facto, que no sean estrictamente necesarias para los fines de la correcta aplicación de la ley penal sustantiva, en los reglamentos y en la praxis de los órganos de policía, del proceso y de la ejecución.<sup>58</sup>

Al analizar todo sistema penal, según los profesores Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, y el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>59</sup> se deben tomar en cuenta las siguientes “agencias”:

**a.** Las políticas (legislaturas, poderes ejecutivos, partidos políticos); **b.** las judiciales (jueces, ministerios públicos, auxiliares, organizaciones profesionales); **c.** las policiales (de seguridad, judicial o de investigación, aduanera fiscal, inteligencia estatal, vigilancia pública o privada); **d.** las penitenciarias; **e.** las de comunicación social; **f.** las de reproducción ideológica; **g.** las internacionales; y, **h.** las transnacionales.

Ejemplos de **especificaciones** del principio en los subsistemas de la administración de justicia penal son:

**a.** La tutela de los derechos de la libertad respecto a los órganos policíacos; **b.** los límites a su poder discrecional; **c.** el respeto al principio de juez natural; **d.** el régimen jurídico de la prueba y la limitación de consecuencias negativas para el imputado mediante el correcto empleo del concepto de verdad procesal.

Al referirnos a los subsistemas, debemos atender a las llamadas etapas del procedimiento penal que antes de las reformas<sup>60</sup> al CFPP, se limitaban a 4: la de AP, la de instrucción, la de juicio y la de ejecución.

---

<sup>58</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 197.

<sup>59</sup> Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, p. 18.

<sup>60</sup> Las reformas aludidas fueron publicadas en el DOF de noviembre 19 de 1986.

Actualmente, el citado código contempla 7 procedimientos penales,<sup>61</sup> es decir, aumentó 3 más.

No obstante, para el maestro Leopoldo De la Cruz Agüero,<sup>62</sup> en cada una de éstas etapas del procedimiento penal no se encuentra “ninguna novedad o algo trascendental o mejorías que constituyan un avance en los diversos aspectos que comprenden éstas etapas [...] sino [...] que el legislador únicamente se concretó a desmembrar ciertos aspectos de los anteriores y agregarlos a los nuevos”.

En nuestro caso, el procedimiento que interesa es el de AP, por ser el cimiento de todos los demás, y conforme con el principio apuntado las garantías del principio de legalidad deben aplicarse durante el mismo a todos los individuos, sin importar el papel (de inculpado, víctima, ofendido o testigo) que jueguen en su tramitación. Lógicamente, esta regla debe permanecer en todos estos procedimientos o etapas.

De manera más general Alessandro Baratta se refería a los grupos sociales que elaboran la selección de valores acogida por el derecho penal y a los que lo aplican. Los primeros comprenden a los legisladores, y los segundos a la policía, la magistratura y las instituciones penitenciarias.<sup>63</sup> Nosotros consideramos que en esta clasificación del sistema penal, las funciones del ministerio público (por su carácter administrativo) se incluyen en las que el autor denominó de policía. En todas ellas debe prevalecer el principio estudiado.

---

<sup>61</sup> ARTÍCULO 1.- “El presente Código comprende los siguientes procedimientos: FRACCIÓN I.- “El de AP a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el [MPF] pueda resolver si ejercita o no la acción penal; FRACCIÓN II.- “El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar; FRACCIÓN III.- “El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste; FRACCIÓN IV.- “El de primera instancia, durante el cual el [MPF] precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva; FRACCIÓN V.- “El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos; FRACCIÓN VI.- “El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas; FRACCIÓN VII.- “Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. ÚLTIMO PÁRRAFO.- “Si en cualquiera de esos procedimientos algún menor o incapaz se ve relacionado con los hechos objeto de ellos, sea como autor o partícipe, testigo, víctima u ofendido, o con cualquier otro carácter, el [MPF] o el tribunal respectivo suplirán la ausencia o deficiencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente puedan corresponderles”.

<sup>62</sup> De la Cruz Agüero, Leopoldo. *Código Federal de Procedimientos Penales. Comentado. (Jurisprudencia y Práctica)*. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2003. p.6.

<sup>63</sup> Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Traducción de Álvaro Búnster, editorial Siglo XXI. 7ª edición, México, D.F. p. 73.

## 5. Principio de representación popular.

Conforme al principio de representación popular se impone la participación popular en la formación de la voluntad legislativa y el respeto a los requisitos mínimos del estado de derecho en lo relativo a su representatividad y su funcionamiento reglamentario.<sup>64</sup> Esto presupone, por tanto, la existencia de elecciones libres y secretas, y la libertad de organización de partidos y movimientos políticos.

En nuestro país, el artículo 35 de la CPEUM establece como prerrogativas del ciudadano mexicano, entre otras, la de votar en las elecciones populares; la de poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; y, la de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.

Como complemento el artículo 41 constitucional señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, y por los de los Estados, en sus respectivos regímenes, competencias y términos de sus Constituciones.

Y a partir de su párrafo segundo prevé la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, y establece reglas a los partidos políticos, financiamiento y equidad para sus actividades, los medios de impugnación constitucionales o legales, y la organización de las elecciones federales a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral.

Por tanto, se piensa que al menos de manera declarativa en la CPEUM se cumple parcialmente con lo establecido en este principio.

En nuestro país la cacareada democratización, coincide con el reconocimiento del atraso histórico en el desarrollo del derecho procesal penal y con un tenue avance en la cultura sobre DH.

---

<sup>64</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 198.



No obstante, el asunto se complica si se pretende analizar la cuestión de la democracia, que en el caso de México sólo se limita a su ámbito meramente electoral, lo cual dista mucho de lo que el mismo texto fundamental considera como tal en su artículo 3 fracción II inciso a) al propósito del derecho a la educación.<sup>65</sup>

Por tanto si no solamente se trata de una estructura jurídica y un régimen político, sino además de todo un “sistema de vida” fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, no se puede hablar de democracia en México, como pomposamente lo han pregonado los gobiernos actuales y sus aduladores oficiales.

Esta significación debe estar inserta de manera integral en las decisiones legislativas para que en nuestro concepto se pueda considerar cubierto el principio de representación popular en el sentido en que se refirió el autor revisado.

---

<sup>65</sup> ARTÍCULO 3.- *“Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado -federación, estados, DF y municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria. “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. FRACCIÓN II.- “El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además: INCISO a) “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.*

## B. Principios de limitación funcional.

### 1. Principio de la respuesta no contingente.

Según este principio una ley penal por regla no debe referir situaciones atípicas o excepcionales, como ocurrió con la legislación de emergencia europea y sus consecuentes efectos negativos en el desconcierto de la lógica de los códigos. Por tanto, no puede ser respuesta inmediata, de naturaleza administrativa, sino un acto solemne producto de un exhaustivo debate y discusión pública,<sup>66</sup> en respuesta a problemas sociales fundamentales, generales y constantes en la sociedad.

El principio también implica contener la tendencia de la “administrativización” del derecho penal, es decir, de la proliferación incontrolada de normas penales que constituyen sólo elementos secundarios y complementarios de leyes no penales. El criterio general es el de la autonomía de la respuesta penal como contenido principal del proceso legislativo y no una línea secundaria de materias no penales.

Sobre éste último punto se encuentran en nuestra legislación un sin número de disposiciones de contenido penal, e incluso tipificaciones de conductas relativas a otras materias como la fiscal, la de seguridad social, la financiera, la de salud pública, la de población o migratoria, la misma Ley de Amparo, la de armas de fuego y explosivos, las ambientales y las de pesca entre otras.

Ambas situaciones se dan en nuestro medio. Es decir, tanto la propagación de textos legales con contenidos penales adjuntos, como la confección de leyes por efecto de la “moda” o para “serenar” a quienes controlan los contenidos de los medios de comunicación y simular que existen respuestas oficiales a determinados problemas coyunturales o enraizados. Ello impide cumplir con el principio propuesto.

---

<sup>66</sup> El sentido en que se usa el término “discusión pública”, según aclara el mismo Alessandro Baratta no tiene mucha relación con la “opinión pública”, sino con una comunicación “libre del poder” entre portadores de necesidades y derechos.

Sólo como muestra, enseguida se citan 4 ejemplos de la “administrativización” indicada:

**a.** La Ley General de Población en su capítulo VIII contempla varios delitos con pena de prisión; **b.** la LFAFE por su parte incluye un título IV de sanciones donde también se tipifican determinadas conductas relacionadas con la materia que regula; **c.** la LGS dedica su capítulo VI a los delitos; y, **d.** el Código Fiscal de la Federación de su título IV, “de las infracciones y delitos fiscales”, todo el capítulo II contiene los delitos fiscales, que va más allá al fijar sus propias reglas específicas en aspectos sustantivos.

Otros ordenamientos que también contienen delitos son: la Ley de Vías Generales de Comunicación, la LFPST, la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Organización y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley de Concursos Mercantiles, la Ley del Mercado de Valores, la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Todos estos delitos distribuidos en ordenamientos distintos al CPF, se denominan “delitos especiales” por una parte de la doctrina, término que lleva a la discusión de su apego al artículo 13 constitucional respecto a las “leyes privativas”. Por tanto, también se les ha llamado simplemente “delitos federales”.

De la tipificación por moda, sirve de ejemplo el delito de “delincuencia organizada” (e incluso la misma LFCD), a pesar de sus justificaciones basadas en “razones de Estado”. Otro caso se encuentra en la adición al artículo 366 fracción I inciso “d)” del CPF, publicada en el DOF de junio 16 de 2005, en lo referente a lo que los medios de comunicación “bautizaron” como “secuestro exprés”.<sup>67</sup>

Según el DOF de mayo 25 de 2006 se reformó el artículo 464 y adicionó el 208 bis de la LGS, tipificando la falsificación de alimentos, bebidas (alcohólicas o no) o cualquier sustancia o producto de uso o consumo humano, cuando se fabriquen, envasen o vendan refiriendo una autorización inexistente, otorgada a otro, o se imite al legalmente fabricado y registrado; así como el 464 ter relativo a la de medicinas y sus envases.

---

<sup>67</sup> ARTÍCULO 366.- *“Al que prive de la libertad a otro se le aplicará: FRACCIÓN I.- “De 15 a 40 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: INCISO d).- “Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a éste Código le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten”.*

## 2. Principio de proporcionalidad abstracta.

Conforme con éste principio, solamente las violaciones graves a los DH pueden ser objeto de sanción penal, la cual a su vez debe ser proporcional al daño social causado.

El principio hace referencia a 2 condiciones: **a.** que para que una conducta determinada pueda ser definida como delito por la ley requiere que la misma vulnere algún DH, y que dicha violación sea además grave; y, **b.** que la sanción que se establezca guarde proporción con los daños ocasionados.

Como se señaló desde el inicio, lo fundamental es reafirmar los DH para contener la violencia punitiva (institucional). Aquí vuelve a aparecer la doble función del concepto histórico-social sobre DH, una como limitante de la intervención penal y la otra como objeto de tutela del derecho penal.<sup>68</sup>

En nuestro caso, por obvias razones queda claro que el principio de proporcionalidad abstracta no se satisface en la AP (ni en los siguientes procedimientos), puesto que aunque los llamados bienes jurídicos tutelados sean DH no hay equilibrio entre el daño y la sanción. Generalmente las penalidades se basan en caprichos del poder legislativo<sup>69</sup> sin una debida fundamentación teórica, y lo que supuestamente protegen la mayoría de figuras delictivas son intereses de grupos dominantes.

Sin embargo, éste principio y la violación grave de DH son tan sólo una condición necesaria pero no suficiente para la conminación de la pena, debido a que existen otras condiciones, positivas o negativas, que reducen el espacio reservado a la ley penal, como las que se contienen en los restantes 6 principios de limitación funcional (idoneidad, subsidiaridad, proporcionalidad concreta o costo social, implementabilidad administrativa de la ley, respeto a las autonomías culturales, y primacía de la víctima).

---

<sup>68</sup> *Supra.* Cap. III, p. 238.

<sup>69</sup> Ejemplo de esto lo constituye la reforma publicada en el DOF de agosto 23 de 2005, a los artículos 29 párrafo segundo; 222 párrafos tercero y cuarto; y, 222 *bis* fracciones I y II, y párrafos último y penúltimo, del CPF, en los que básicamente se incrementó el límite máximo de la pena de multa a mil días equivalentes a la percepción neta de todos los ingresos del sentenciado al momento de consumir el delito, cuando antes la multa era de 500 días. Con ello, también se incrementaron hasta ese “tope” las multas por el delito de cohecho cometido por servidores públicos nacionales y extranjeros.

### 3. Principio de idoneidad.

El legislador está obligado a estudiar atentamente los efectos socialmente útiles que se pueden desprender de la pena con relación a las situaciones que amenazan gravemente los DH conforme al anterior principio.<sup>70</sup> De no demostrarse tales efectos no habrá condiciones para la conminación de una pena.

Para conocer lo anterior, se requiere un riguroso control empírico basado en el análisis de los efectos de las normas correspondientes a otros ordenamientos, de normas análogas del mismo ordenamiento y sus métodos de prognosis psicológica.<sup>71</sup>

En este caso, es oportuno citar aquí la síntesis que el propio Alessandro Baratta<sup>72</sup> hizo de la llamada ideología de la defensa social o del fin, cuyo contenido, producto del debate entre la escuela liberal clásica y las escuelas positivas, es susceptible de reconstruirse en los siguientes 6 principios:

a. Principio de legitimidad: El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, por medio de las instancias oficiales del control social; b. principio del bien y del mal: La desviación criminal es “el mal”, la sociedad “el bien”; c. principio de culpabilidad: El delito es expresión de una actitud interior reprochable, contrario a los valores y normas presentes en una sociedad.

d. Principio del fin o de la prevención: La pena no tiene (o no tiene únicamente) la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen; e. principio de igualdad: La criminalidad es la violación de la ley penal, y como tal es el comportamiento de una minoría desviada, por lo que la reacción penal se aplica de modo igual a sus autores; y, f. principio del interés social y del delito natural: Los delitos definidos en los códigos penales representan la ofensa de intereses fundamentales de toda la sociedad.

---

<sup>70</sup> Se considera que el principio de idoneidad guarda relación con el “principio del fin o de la prevención”, el cual es negado con el nuevo paradigma criminológico del *Labelling Approach* (del etiquetamiento) o enfoque de la reacción social, que el mismo Alessandro Baratta expone. *Op. Cit.* Nota # 368, pp. 83 y ss.

<sup>71</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 199.

<sup>72</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 368, pp. 36 y 37.

#### 4. Principio de subsidiaridad.

De acuerdo con el principio de subsidiaridad una pena solamente puede ser conminada si se demuestra que no existen otras intervenciones, fuera de la penal, para responder a las situaciones en las cuales los DH son amenazados. Por ello, no es suficiente con que se logre probar que la respuesta penal es la idónea, es decir, que sus efectos sean socialmente útiles, sino que también se requiere demostrar que tal respuesta no es sustituible por otras intervenciones de menor costo social.<sup>73</sup>

Este principio, en el caso de la AP mexicana, evidentemente no se cumple ya que ni siquiera se contempla la posibilidad de buscar sustitutivos no penales.

En este sentido son importantes las propuestas<sup>74</sup> sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos, e incluso la creación de una ley de conciliación prejudicial en materia penal, que abarque también el ámbito de la mediación comunitaria.

Conforme con Alessandro Baratta,<sup>75</sup> bajo la óptica de su “criminología crítica”, una política criminal alternativa a partir de las necesidades e intereses de las clases subalternas (para elaborar una “teoría materialista de la desviación”) requiere 4 estrategias a seguir:

- a. Distinguir la política penal como respuesta circunscrita al ámbito de la función punitiva estatal, de la política criminal, como acción de transformación social institucional, cuyo instrumento más adecuado es el derecho penal.
- b. Reforzar la tutela penal en los campos de intereses esenciales para la vida del individuo y la comunidad, como la salud y la integridad ecológica.

---

<sup>73</sup> *Loc. Cit.*

<sup>74</sup> *Supra.* Cap. I, pp. 73 y 74.

<sup>75</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 368, pp. 213 a 219.

c. Abolir la institución carcelaria y construir medidas alternativas; y,

d. Desechar la opinión pública en cuanto proceso ideológico y psicológico, manifestado en el apoyo y legitimación del derecho penal desigual vigente.

Más adelante se abundará otro aspecto relevante del principio estudiado, al revisar el principio extrasistemático de descriminalización denominado de “privatización de conflictos”.

El ministro Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>76</sup> asume que la pena de prisión no se puede legitimar y que desde el discurso del derecho penal se debe limitar, reducir, acotar, y si se puede, eventualmente, cancelar el poder punitivo, para lo cual introduce en la discusión las penas no privativas de libertad o alternativas a ésta: la multa, arresto domiciliario o de fin de semana, realización de trabajos de utilidad pública, limitaciones a la residencia o al tránsito, caución de no ofender, libertad a prueba, perdón judicial, entre otras.

Además, establece que así como la pena de prisión en su momento fue alternativa a la de muerte, ahora se buscan alternativas a la alternativa, por lo que todo el sistema penal es un sistema de alternativas, y por un lado existen alternativas formales de penalización que reducen el ámbito de la criminalización primaria, como la descriminalización, y por el otro, alternativas informales en las que el sistema penal no se da por enterado o si se da no actúa.

---

<sup>76</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ponencia: “¿Qué hacer con la Pena? Las alternativas a la prisión”. (Obtenida de la transcripción del audio original durante el Encuentro Internacional denominado: “La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: Aportes y Experiencias”, celebrado en México, D.F. en julio 26 y 27 de 1993, bajo coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del DF y la II Asamblea de Representantes del DF). Cuadernos para la Reforma de la Justicia. *Las Penas Sustitutivas de Prisión*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª edición. pp. 7, 8 y 11.

## 5. Principio de proporcionalidad concreta (costo social).

Los costos sociales que indiscutiblemente produce la pena deben evaluarse desde el punto de vista de la incidencia negativa que tiene sobre las personas que se convierten en su objeto, sobre su familia, su ámbito social y más en general sobre la sociedad, debido a que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas donde interviene, y en otros casos produce problemas nuevos y más graves de los que pretende resolver.

Por ejemplo, la criminalización del uso de estupefacientes, según el autor estudiado, por un lado, es el principal factor del que depende la estructura artificial del mercado de droga, y por el otro, la prohibición hace más grave y peligroso el uso de droga para los consumidores.<sup>77</sup>

Deben considerarse además los efectos inigualables de la pena sobre los condenados y su ámbito familiar y social. La incidencia negativa, es decir, lo que sobreviene en el curso de la pena, es mayor en las familias de los condenados de estratos sociales más bajos que en los altos.

De este modo, el efecto de la pena sobre la vida y estatus futuro del condenado es más grave para los de estrato social inferior, que quedan señalados para siempre por la pena y permanecen por debajo de la trayectoria típica del grupo de pertenencia, a diferencia de las familias mejor acomodadas que después de cierto tiempo logran reincorporarse en la trayectoria normal.

Es por ello que este principio de proporcionalidad concreta o de costo social impone que la ley penal tome en cuenta para su aplicación el diverso estatus social de las personas, lo que obliga por razones de justicia a introducir criterios tendientes a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena sobre los condenados y su ambiente social, concediéndoles atenuantes y beneficios.

---

<sup>77</sup> En el caso del CPF, existen 2 excusas absolutorias para consumidores de narcótico, tanto habituales como ocasionales, previstas, respectivamente, en el artículo 199 párrafo primero, para adictos, y en el 195 párrafo segundo para no fármacodependientes. El párrafo tercero de este último artículo impide proceder contra el poseedor de medicamentos (considerados narcótico) que por su naturaleza y cantidad sean necesarios para su tratamiento o de sus custodiados o asistidos.



## 6. Principio de la implementabilidad administrativa de la ley.

El autor consideró que la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su propia clientela, constituida por individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas, no sólo depende de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en la sociedad, sino que tiene un posterior origen estructural.

Tal origen consiste en la grandísima discrepancia entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictuosos en la ley penal y los recursos de los aparatos administrativos y judiciales que tienen la tarea de realizar las previsiones legislativas.

Esto significa que la justicia penal, aun prescindiendo de las variables sociales de su selectividad, no puede sino funcionar selectivamente, es decir, dirigiendo las penas contra una parte infinitesimal de sus clientes potenciales, los infractores de la ley. Existe una fuerte inadecuación de los recursos proporcionados al sistema penal para la aplicación de la ley penal.

El maestro Alessandro Baratta consideró como fisiológica la existencia de una amplísima cifra obscura de la criminalidad y la realización de la función punitiva a través de “chivos expiatorios”.<sup>78</sup> Y propone para reducir al mínimo el área de intervención de la ley penal la aplicación de éste principio de implementabilidad administrativa de la misma.

Insiste en que lo idóneo es redimensionar los programas de acción con base en los recursos disponibles en el sistema, es decir, adecuar los programas a los recursos existentes, y no al contrario. Puesto que adecuar los recursos a los programas legislativos de acción sería imposible por la gigantesca inversión que requiere y el insostenible costo social de la militarización de la justicia penal y del Estado.

---

<sup>78</sup> Alessandro Baratta se refiere a la Teoría Psicoanalítica de la Sociedad Punitiva y los posteriores desarrollos obtenidos por Paul Reiwald, cuyo momento central es la Teoría del Delincuente como “Chivo Expiatorio”. *Op. Cit.* Nota # 368, pp. 50 y 51.

## 7. Principio de respeto a las autonomías culturales.

El principio de respeto a las autonomías culturales parte de reconocer que existe una diferente percepción de la realidad de las normas y de los valores sociales en cada uno de los diversos grupos que componen la sociedad, parcialmente condicionada por la cultura hegemónica de los grupos dominantes.

Que la percepción y definición de ciertos comportamientos como delictuosos o socialmente negativos dentro de una cultura dominante encuentran como correspondiente en ocasiones, representaciones diversas en diferentes grupos sociales y subculturas.<sup>79</sup>

Por ello, la exigencia fundamental de un derecho penal orientado al respeto de los DH debe tomar en cuenta la percepción específica de la realidad y de los valores en las minorías étnicas, y en los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de determinadas sociedades. Falta entonces una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos cuando se consideren normales en el interior de subculturas bien determinadas.

Este límite es consecuencia del principio general de la mínima intervención penal, en una sociedad igualitaria y antitotalitaria que conceda a la desviación y a la diversidad el máximo espacio compatible con las exigencias mínimas del orden de las relaciones sociales.<sup>80</sup>

El maestro Sarre Íguiniz,<sup>81</sup> destaca que acorde con el artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>82</sup> (aprobado y ratificado por México), se sugiere que las comunidades indígenas recuperen para sí el derecho a ejecutar las sanciones penales en delitos no graves, específicamente en el caso de los sustitutivos de prisión como el trabajo a favor de la comunidad.

---

<sup>79</sup> Por ejemplo, mientras para algunos pueblos indígenas el “peyote” (mescalina o trimetoxifenetilamina) constituye un ingrediente ceremonial o sagrado, para los legisladores es una sustancia psicotrópica así considerada en el artículo 245 fracción I de la LGS, y su sola posesión o transporte actualiza el delito previsto en el artículo 195 bis del CPF.

<sup>80</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 203.

<sup>81</sup> Sarre Íguiniz, Miguel. *Op. Cit.* Nota # 215, p. 61.

<sup>82</sup> Dicho Convenio es el más importante instrumento en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, no sólo de índole laboral sino con relación a sus DH.

Y lo justifica en la desfavorable situación de los indígenas mexicanos, al ser víctimas a menudo de medidas prolongadas de prisión preventiva que cobra tintes dramáticos, “por delitos en que no procede dicha medida cautelar”, o en los que, procediendo ésta, no pueden hacer uso de su derecho a la libertad caucional por ignorancia de la ley, falta de asistencia jurídica, indiferencia de las autoridades [falta de recursos económicos] o desconocimiento del castellano.

En nuestro país es común que se detenga, investigue, procese y condene a personas pertenecientes a comunidades indígenas, que conforme con sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales realizan determinada conducta que en sus códigos no escritos de comportamiento no constituyen delito ni infracción que merezca ser sancionada, y para el derecho penal sí.

El artículo 2 de la CPEUM<sup>83</sup> reconoce que la Nación Mexicana es única e indivisible, pero también que tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

---

<sup>83</sup> El apartado “A” del artículo 2 constitucional reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: FRACCIÓN I.- “Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; FRACCIÓN II.- “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de [la CPEUM], respetando las GI, los DH y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes; FRACCIÓN III.- “Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados; FRACCIÓN IV.- “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad; FRACCIÓN V.- “Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución; FRACCIÓN VI.- “Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley; FRACCIÓN VII.- “Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas; FRACCIÓN VIII.- “Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de [la CPEUM]. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público”.

## 8. Principio de la primacía de la víctima.<sup>84</sup>

Existen graves distorsiones originadas por la intervención del sistema penal en lo relativo a los intereses de la víctima, donde impera una casi absoluta expropiación del derecho de articular los propios intereses, especialmente en el proceso.<sup>85</sup>

El maestro Alessandro Baratta consideró que la pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales que van más allá de los de la víctima es generalmente injustificado. Y planteó que podría orientarse con éxito una estrategia de descriminalización mediante un programa de privatización de los conflictos, en donde se realice un derecho penal de la mínima intervención y se disminuyan así los costos sociales de la pena con indicaciones como las siguientes:<sup>86</sup>

Sustituir en parte el derecho punitivo con el derecho restitutivo; dar a la víctima (y en general a ambas partes) en conflictos interindividuales mayores prerrogativas para reestablecer autónomamente el contacto turbado por el delito; y, asegurar mayormente los derechos de indemnización de la víctima.

Lo que más lastima a las víctimas y ofendidos actualmente, es la largísima espera durante el proceso penal para que se les repare el daño en caso de que se condene al mismo. O si la sentencia es absolutoria, acudir ante un juez civil a iniciar otro prolongado procedimiento para obtener la indemnización correspondiente, lo que provoca tal desgaste económico, temporal y humano, que normalmente muchos desisten de su intención.

Se ha identificado que el MPF no obtiene sentencias condenatorias por: la incorrecta integración de la AP; y, porque la consignación se hace por determinados delitos y no por los hechos tipificados como delito, es decir por error en la clasificación del tipo. Entonces porqué no permitirle a la víctima intervención al respecto. Por tanto es posible aplicar dicho principio en la AP.

---

<sup>84</sup> Este segmento tiene relación con todo el capítulo I de la presente tesis al que se remite el estudio.

<sup>85</sup> *Supra.* Cap. I, pp. 49 y ss.

<sup>86</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 204.

## **C. Principios de limitación personal (de la responsabilidad penal).**

### **1. Principio de la imputación personal (personalidad).**

Bajo éste principio la pena sólo puede imponerse a la persona física autora de la acción delictuosa, excluyendo la aplicación de sanciones penales por violaciones de DH que no sean reconducibles con un nexo causal directo al comportamiento de las personas físicas. Con ello se limita la configuración de especies penales de peligro abstracto y se excluye cualquier forma de responsabilidad de personas jurídicas o entes morales.

Con respecto a los llamados “delitos de peligro” en nuestro país sirven de ejemplos: la posesión de arma de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea (artículo 83 *ter* de la LFAFE); la posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas (artículo 83 *quat* de la LFAFE); la portación de arma de fuego sin licencia (artículos 81 y 83 de la LFAFE); la posesión de narcóticos con alguna “finalidad” tipificada en el artículo 194 del CPF, entre otros.

En cuanto a las personas morales, según Alessandro Baratta, no se inhibiría la defensa de violaciones a DH cometidas por colectividades organizadas, pues de cualquier modo resulta difícil localizar responsabilidades individuales en ellas, y aun siendo posible de todas formas quedarían fuera de la acción represiva los verdaderos beneficiarios del lucro de la actividad delictuosa.

La solución estaría en sancionar sus violaciones fuera del derecho penal, afectando su libertad de operación y el patrimonio de éstas organizaciones. Es decir, mediante legislación financiera o fiscal dirigida a recuperar el producto del delito, que en estos casos generalmente son de índole patrimonial.

Dentro de los llamados “principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del estado de derecho”, los profesores Alagia y Slokar, y el ministro Zaffaroni,<sup>87</sup> se refieren al principio de culpabilidad o de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad, como el más importante, puesto que su violación supone el desconocimiento de la esencia del concepto de persona:

*“Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”.*

Y agregan que este principio abarca también tanto la exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental cuando no se ha tenido la posibilidad de preverlo (caso fortuito), como la exclusión de punibilidad cuando no haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta.

Este principio debe ser aplicable dentro del procedimiento de AP, como un supuesto de comprobación *sine qua non* en el estudio de la probable responsabilidad penal,<sup>88</sup> que es uno de los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio de la acción penal.

El artículo 7 párrafo 2º del CPF atribuye también el resultado típico producido, en delitos de resultado material, a quien omita impedirlo, pero sólo si tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Nos referimos a los delitos conocidos doctrinariamente como de “acción por omisión”, es decir, cuando el resultado material es consecuencia de una conducta omisiva de quien tuviera el deber de impedirla.

---

<sup>87</sup> Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, p. 132.

<sup>88</sup> El artículo 168 párrafo tercero del CFPP dispone que *“la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”*. No obstante, el artículo 134 del CFPP, dispone que en cuanto se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en la AP, el MPF *“ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”*. Y su párrafo segundo autoriza al MPF a ejercitar acción penal no obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del CPF, puesto que *“las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión [o sujeción a proceso...]*. El artículo 15 fracción II del CPF, establece la causal de exclusión de delito consistente en la demostración de la *“inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”*.

## **2. Principio de la responsabilidad por el acto.**

Ninguna responsabilidad penal puede derivarse de un tipo de autor, sino sólo de un tipo de delito previsto en la ley e imputable a un acto voluntario del cual el sujeto ha sido capaz de entender el sentido social. Es decir, ninguna consecuencia penal en sentido estricto, que implique internamiento coactivo puede derivar, en sustitución o en concurso con la realización de la figura delictiva, por la "peligrosidad social" de un sujeto.

Aquí se incluye a todo el derecho penal, al tutelar de menores y a las medidas de seguridad para adultos mayores, pues en estos últimos continúa el viejo concepto positivista de la peligrosidad del autor.

Además las garantías jurídicas son mucho menores para estos últimos por ser considerados sujetos no responsables (no imputables) o con menor responsabilidad, a pesar de que el régimen a que se les somete tiene los mismos o mayores actos represivos y estigmatizantes que las medidas privativas de libertad a que son sometidos los adultos "imputables".

Ante la crisis de los conceptos dogmáticos de autor imputable, semimputable y no imputable, el maestro Alessandro Baratta propuso redefinir un concepto de responsabilidad penal que asegurara a todos los sujetos límites perentorios de duración para cualquier medida de internamiento coactivo, que fuera consecuencia jurídica de la realización de una figura delictiva a través de un acto, permitiéndoles ejercitar, en un régimen de detención diferenciada, sus derechos y beneficios.

Al restringir el área de las sanciones previstas por el derecho penal sólo a los actos responsables, se pone fin a un sistema punitivo paralelo para sujetos con disturbios psíquicos. Sobre éste punto se considera a los manicomios judiciales, casas de salud, casas de custodia y reformatorios, como sistemas paralelos de intervención institucional, anacrónicos y altamente represivos, en donde existen gravísimas contradicciones con su finalidad oficialmente declarada, como lo es el tratamiento y la resocialización.

La otra fórmula, propuesta por algunos sectores represivos, basada en que como los centros tutelares son costosos, lo más fácil sería tratar a los inimputables como adultos, es todavía peor.

Los artículos 495 y 496 del CFPP contemplan la reclusión en manicomio o en departamento especial cuando el inculpado esté loco, idiota, imbecil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, así como un procedimiento especial donde “la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y [su] personalidad, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial”.

El internamiento coactivo es generalmente incompatible con las finalidades de un moderno tratamiento terapéutico, y los centros tutelares o correccionales no funcionan con eficacia ni honestidad. Su labor correctiva y pedagógica se distorsiona al convertirse en escuelas del crimen, donde los internos no reciben una formación integral para su rehabilitación. Por ello, acortar la edad punible (lo que sería inconstitucional)<sup>89</sup> sólo abarrotaría las cárceles de jóvenes sin lograr disminuir la delincuencia juvenil.

Lo que el principio de responsabilidad por acto busca es sustituir el actual sistema punitivo paralelo para los sujetos con disturbios psíquicos, inimputables por minoría de edad o senilidad,<sup>90</sup> ampliando hacia ellos la disciplina jurídica normal, con el máximo respeto a la persona y las más amplias garantías a sus derechos.

También se debe eliminar el sistema punitivo paralelo para los menores penalmente incapaces, a quienes se deben aplicar modernos principios pedagógicos con pleno respeto de la persona del menor y de sus derechos, dentro del sistema de educación pública y de asistencia a los menores.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Conforme con los artículos 2 y 46 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se consideran adolescentes a los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos, la cual se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4 de la CPEUM, siendo sus disposiciones de orden público, interés social y de observancia general para garantizarles la tutela y el respeto de sus derechos fundamentales reconocidos. La participación de un menor en el hecho tipificado en la ley penal no constituye un delito susceptible del ejercicio de la acción penal, ya que los menores de edad no están sujetos a las leyes penales sino a la legislación e instituciones especiales correspondientes (tribunal o consejo tutelar para menores infractores). El procedimiento en estos casos lo establecen los numerales 500 al 502 del CFPP, en concordancia con el artículo 46 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, según el cual “cuando en una AP [...] se atribuya a un menor la comisión de una infracción que corresponda a un ilícito tipificado por las leyes penales a que se refiere el artículo 1 de [dicha ley, el ministerio público] lo pondrá de inmediato, en las instalaciones de la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, a disposición del comisionado en turno, para que éste practique las diligencias para comprobar la participación del menor en la comisión de la infracción” [...].*Supra.* Cap. I. pp. 24 y 80.

<sup>90</sup> En cuanto a los seniles, el artículo 55 párrafo primero del CPF establece que la prisión preventiva motivada por orden de aprehensión contra una persona mayor de 70 años de edad se lleve a cabo en su domicilio, y el párrafo cuarto la sustitución de la pena por una medida de seguridad cuando la compurgación fuere notoriamente innecesaria o irracional por el precario estado de salud o senilidad del sujeto activo. Al respecto se creó la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

<sup>91</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 208.



### 3. Principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley.

El principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley exige definir sobre un plano rigurosamente técnico-jurídico, los requisitos normativos adecuados para regular la comprobación de la culpabilidad, cuyo concepto debe ser depurado de los elementos metafísicos y morales que tradicionalmente han sido implicados en él, como el “libre arbitrio” y la “reprobación o desvalor”.

A fin de construir un concepto de culpabilidad centrado en el contexto de la acción y no en un “elemento interior”, el maestro Alessandro Baratta planteó 2 requisitos normativos:

- a. Causas de la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios para su comprobación, en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales encubiertos por el sujeto en la situación problemática; y,
- b. Criterios de valoración del espacio de alternativas comportamentales disponibles para el sujeto en la situación problemática de la cual ha formado parte la acción.

Muchas veces en nuestro medio se relaciona de manera automática un “mal social” por la sola pertenencia de una persona a un grupo, organización, religión, etnia o creencia. Esto es común durante la criminalización secundaria donde sus agencias<sup>92</sup> (policías, jueces, agencias penitenciarias) ejercen la acción punitiva sobre personas concretas desde que se detecta a quien se atribuye la realización de un acto criminalizado primariamente, lo detienen, investigan y someten a una agencia judicial.

Así son detenidos selectivamente quienes visten humildemente sobre los “bien vestidos”; los “sospechosos” sobre los que no les parecieron así; los sucios sobre los limpios; y otras categorías que son las preferidas de los cuerpos policíacos. Ello sin mencionar a quienes, para el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, son acusados de terroristas sólo por su aspecto árabe o islámico.

---

<sup>92</sup> Se toma la acepción “agencias” con el sentido amplio que le dan Alagia, Slokar y Zaffaroni, como entes activos (que actúan) o gestores de la criminalización (en lugar de hablar de instituciones, corporaciones o burocracias). Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; y, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* Nota # 9, p. 6.

## IV. Principios extrasistemáticos de la “mínima intervención penal” orientada al respeto y defensa de los derechos humanos a partir de Alessandro Baratta.

### A. Principios de descriminalización

El maestro Alessandro Baratta inició el tema aclarando que la mayor parte de los principios intrasistemáticos ya expuestos, también funcionan como principios de descriminalización, debido a que indican las condiciones relativas al respeto de los DH sin la realización de los cuales el mantenimiento de las leyes penales no puede considerarse justificada, y por tanto se impone la eliminación parcial o total de figuras delictivas, o cambios que reduzcan cualitativa y cuantitativamente la violencia punitiva.

La orientación de la política de la mínima intervención penal hacia las ideas de justicia e igualdad impone considerar la diversa amplitud del espacio de alternativas de comportamientos, a disposición de los individuos en las situaciones problemáticas, también en relación a sus diversos status sociales, puesto que estos espacios de alternativas de conducta son, como otros recursos, desigualmente distribuidos entre los individuos según su status social.

Generalmente, los grupos pertenecientes a los estratos sociales más bajos son los que disponen de un espacio de alternativas más estrecho, y están expuestos a mayores situaciones de presión. Por ello, los siguientes principios de descriminalización implican la adopción de un punto de vista externo a los sistemas penales existentes:

**1. Principio de no intervención útil:** Bajo éste principio la criminalización no es siempre otra forma de control social formal ni informal. Un principio general de política alternativa es alcanzar el más amplio espacio de libertad (e igualdad) para lo diverso, compatiblemente con las exigencias mínimas de un orden justo. Este principio es de aplicación exclusiva a la criminalización primaria.

**2. Principio de la privatización de conflictos:** Este principio se relaciona con 2 principios intrasistemáticos de limitación funcional: el de proporcionalidad concreta (o costo social),<sup>93</sup> y el de primacía de la víctima,<sup>94</sup> ya que busca reapropiar los conflictos sustituyendo parcialmente la intervención penal con formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes dentro de instancias públicas y comunitarias de reconciliación.

---

<sup>93</sup> *Supra.* Cap. III, p. 260.

<sup>94</sup> *Supra.* Cap. III, p. 264.

Se considera que el principio de la privatización de conflictos sí puede ser llevado a la práctica en la AP mediante mecanismos de reconciliación o amigable composición, por lo pronto, ante el MPF. Según el artículo 2 fracción X del CFPP, el MPF tiene la facultad para ello, pero no existen mecanismos ni reglas al respecto, sobretodo en delitos que se persiguen por denuncia o “de oficio”.

**3. Principio de la politización de los conflictos:** Este principio considera el modo de intervenir del sistema penal sobre los conflictos, es decir, el hecho de que al reprimirlos favorece su construcción en un ámbito técnico que los priva de sus reales connotaciones políticas.

Por tanto, se busca restituirle sus dimensiones políticas a los conflictos, y considerar como alternativa a su tratamiento “penal” formas de intervención institucional, confiada tanto a órganos administrativos como de representación política, para asegurar la participación y el control popular, y la transparencia pública.

En relación a éstas materias de gran alcance político, el maestro Alessandro Baratta calificó la lógica del sistema penal como inadecuada y reductiva.<sup>95</sup>

De igual forma, este principio extrasistemático de descriminalización pudiera ser aplicable por el MPF como órgano administrativo (o por algún otro dependiente de la PGR o de la CNDH), estableciendo un procedimiento no penal de conciliación previo y externo a la AP.

---

<sup>95</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 210.

**4. Principio de la conservación de las garantías formales:** Conforme con este principio la posición de los sujetos, en el caso de la transferencia de los conflictos fuera del campo de la intervención penal hacia otras áreas de control institucional o comunitario, no puede ser nuevamente conducida a un régimen de menores garantías respecto a lo formalmente previsto por el derecho penal.

Además, la exigencia de amplias garantías y mayor transparencia, que en el derecho penal no encuentran corroboración en la realidad (aunque son predicadas como prerrogativas propias), puede ser satisfecha en cada área de intervención no penal si existe imaginación sociológica y proyectiva adecuada a las exigencias de una política emancipatoria e innovadora del derecho.

El principio de la conservación de las garantías formales puede y debe ser respetado en la tramitación de la AP, sin que sea óbice que el mismo sugiera aplicación fuera de la misma, e incluso fuera del derecho penal. En el ámbito de los menores de edad,<sup>96</sup> por ejemplo, se vulnera este principio debido a que la ignorancia del MPF propicia que las GI sean menores que las de un mayor de edad, además de que no hay un catálogo de infracciones como lo hay de delitos.

---

<sup>96</sup> En estos casos se aplica la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Su artículo 2 dispone que: *“En la aplicación de la ley se deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la CPEUM y los tratados internacionales”* [...]. El artículo 32 habla de la unidad de defensa de menores, las condiciones de la defensa y el manual correspondiente. El artículo 36 dispone que *“durante el procedimiento el menor será tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales y gozará de las siguientes garantías mínimas:* FRACCIÓN I.- *“Mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma;* FRACCIÓN II.- *“Se dará aviso inmediato [...] a sus representantes legales o encargados cuando se conozca el domicilio;* FRACCIÓN III.- *“Tendrá derecho a designar a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un licenciado en derecho de su confianza, en el legal ejercicio de su profesión, para que lo asista jurídicamente [...];* FRACCIÓN IV.- *“En caso de que no se designe un licenciado [...], de oficio se le asignará un defensor de menores [gratuito] [...];* FRACCIÓN V.- *“Una [...] a disposición del Consejo y dentro de las 24 horas siguientes se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre [quienes declaren] en su contra y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar [...];* FRACCIÓN VI.- *“Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y que tengan relación con el caso, auxiliándosele para obtener la comparecencia de los testigos y para recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen necesarios para el cabal esclarecimiento de los hechos;* FRACCIÓN VII.- *“Será careado con [quienes] hayan declarado en su contra;* FRACCIÓN VIII.- *“Le serán facilitados todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos que se le atribuyan, derivados de las constancias del expediente;* FRACCIÓN IX.- *“La resolución inicial, por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con que se le relacione, deberá dictarse dentro de las 48 horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo; sin perjuicio de que este plazo se amplíe por 48 horas más, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. [...];* y FRACCIÓN X.- *“Salvo el caso [anterior], ningún menor podrá ser retenido por los órganos del Consejo más de 48 horas sin que se justifique con una resolución inicial, dictada por el Consejero competente, [...] debidamente fundada y motivada”* [...]. Respecto al artículo 46 cfr. Nota # 394. Esto es válido entretanto no se apruebe y publique, tanto a nivel federal como del fuero común en los Estados, la nueva legislación derivada de la reforma al artículo 18 constitucional. Sobre el particular cfr. Cap. I. pp. 24 y 80.

## **B. Principios metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales.**

**1. Principio de sustracción metodológica de los conceptos criminalidad y pena:** De manera hipotética el maestro Alessandro Baratta propuso sustraer (o suprimir) el empleo de determinados conceptos preestablecidos, por un cierto tiempo, como el de criminalidad y el de pena, para favorecer una visión óptima de los conflictos y problemas sociales diversa de la punitiva.

Ello implica liberar de la imaginación sociológica y política la “cultura de lo penal”, que como categoría natural ha colonizado la manera de percibir y construir los conflictos en la sociedad. Este principio tendría cabida en la AP pero solamente en un plano teórico.

**2. Principio de especificación de los conflictos y de los problemas:** Este principio parte de prescindir de la interpretación sociológica del sistema penal como conglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tienen ningún otro elemento común a todos, sino el de estar sujetos a la respuesta punitiva.

Y de este modo hacer posibles otros reagrupamientos más coherentes en áreas específicas según su distinta naturaleza. Para luego plantear respuestas diferenciadas y más adecuadas a la naturaleza de los conflictos.

El maestro Alessandro Baratta se cuestionó sobre cómo aceptar la pretensión del sistema penal de responder con los mismos instrumentos y procedimientos a conflictos tan heterogéneos como los que dan lugar a delitos tan diferentes como el de injurias entre particulares y la gran criminalidad organizada, que lo único que tienen en común es ser sujetos a la respuesta punitiva. De ahí la necesidad de la especificación.

El principio de especificación de los conflictos y de los problemas puede ser aplicable en la AP si se distingue la manera de investigar cada tipo de delito y se establece un manual complementario de actuación ministerial.

**3. Principio general de prevención:** Este principio busca desplazar el acento de las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las formas de control represivo son respuestas a expresiones individuales de los conflictos que se manifiestan en acciones definidas como desviadas; mientras que las de control preventivo son situaciones complejas en las cuales se producen los conflictos.

Así la política de justicia social, la realización de los DH, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos son parte de una política criminal alternativa.

El sistema penal no es adecuado para proporcionar las defensas más eficaces de los DH porque su intervención está estructuralmente limitada a una respuesta sintomatológica a los conflictos, en el momento y lugar en que ellos se manifiestan en el sistema social. No obstante, el lugar y momento en que los conflictos se manifiestan pueden ser, en los sistemas sociales complejos, distintos y lejanos del lugar y del momento en los cuales efectivamente se producen.

Sobre la selectividad del sistema penal, el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni, establece que la materia prima para la penalización es inacabable e infinita, y que “a cualquiera de nosotros se nos puede seleccionar y penalizar” porque “hipotéticamente hemos infringido alguna norma penal en algún momento” de la vida.<sup>97</sup>

En la actualidad los estudios coinciden en que se debe prevenir y no reprimir el fenómeno delincencial, e incluso muchas procuradurías en nuestro país contemplan en su estructura orgánica una instancia de prevención de delitos. La PGR cuenta con la Dirección General de Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad, con claras facultades previstas en el artículo 43 del reglamento de la LOPGR.

---

<sup>97</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ponencia Cít. Nota # 381, p. 11.

#### 4. Principio de articulación autónoma de conflictos y necesidades reales:

Este es el principio extrasistemático más importante, pues parte de reconocer la expropiación ideológica, que el sistema penal y la cultura dominante hacen, de los conflictos en que se encuentran implicados los portadores de necesidades y derechos. Por tanto, dichos portadores deben pasar, conforme con el principio, de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos y en la construcción de instrumentos idóneos para resolverlos.

Finalmente, el maestro Alessandro Baratta consideró a los anteriores principios como guía para la transformación y superación del sistema penal tradicional, hacia un sistema de defensa y garantía de los DH.<sup>98</sup>

El principio de articulación autónoma de conflictos y necesidades reales podría ser observado en la AP, siempre y cuando se permitiera el uso alternativo del CFPP en la solución de conflictos. Esta medida consistiría en dar mayores márgenes de maniobra, perfecta y previamente delimitados en ley, para resolver el conflicto entre víctima y victimario como si se tratara de un litigio civil entre ellos, aunque no sería aplicable en los delitos donde el ofendido resulte ser la sociedad.

Como se ha visto, no todos estos principios desarrollados por Alessandro Baratta pueden tener un lugar en el procedimiento de AP de nuestro estudio, por lo que a continuación se hace un cuadro general de los mismos (**cuadro 1**), para efectos didácticos y de identificación.

Del mismo modo se sintetizan las bases (**cuadro 2**) para el nuevo modelo sugerido desde la aplicación de 3 de los principios intrasistemáticos de este autor: el de limitación formal de reserva de ley, el de limitación funcional de la primacía de la víctima y el de limitación personal de la imputación personal. Y, de los extrasistemáticos de descriminalización y metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales, con excepción del de no intervención útil y del general de prevención.

---

<sup>98</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 344, p. 214.

**CUADRO 1.**

**Principios del “derecho penal mínimo”  
desde la concepción de *Alessandro Baratta*:**

| III. PRINCIPIOS INTRASISTEMÁTICOS DE LIMITACIÓN:     |   |   | IV. PRINCIPIOS EXTRASISTEMÁTICOS:               |   |
|--|---|---|---|---|
| A. Formal  | B. Funcional  | C. Personal<br>(Responsabilidad Penal)                            | A. De descriminalización                        | B. Metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales |
| 1. De reserva de ley (legalidad en sentido estricto) | 1. De la respuesta no contingente                   | 1. De la imputación personal (personalidad)                       | 1. De no intervención útil                      | 1. De sustracción metodológica de los conceptos “criminalidad” y “pena”         |
| 2. De taxatividad                                    | 2. De proporcionalidad abstracta                    | 2. De la responsabilidad por el acto                              | 2. De la privatización de conflictos            | 2. De especificación de los conflictos y de los problemas                       |
| 3. De irretroactividad                               | 3. De idoneidad                                     | 3. De la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley | 3. De la politización de los conflictos         | 3. General de prevención  |
| 4. De la supremacía de la ley penal sustantiva       | 4. De subsidiaridad                                 |   | 4. De la conservación de las garantías formales | 4. De articulación autónoma de conflictos y necesidades reales                  |
|  | 5. De proporcionalidad concreta (costo social)      |   |   |   |
|  | 6. De la implementabilidad administrativa de la ley |   |   |   |
| 5. De representación popular                         | 7. De respeto a las autonomías culturales           |   |   |   |
|  | 8. De la primacía de la víctima                     |   |   |   |

**NOTA:** Los principios que aparecen sombreados en el cuadro, corresponden a aquellos que admiten la posibilidad teórica de aplicación al procedimiento de AP.



## CUADRO 2.

### Principios aplicables a las bases del nuevo modelo propuesto:

| PRINCIPIOS INTRASISTEMÁTICOS DE LIMITACIÓN:       |                              |  | PRINCIPIOS EXTRASISTEMÁTICOS:                |  |
|---|------------------------------|--|--|--|
| Formal  | Funcional                    | Personal<br>(Responsabilidad Penal)      | De descriminalización                        | Metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales |
| De reserva de ley (legalidad en sentido estricto) | De la primacía de la víctima | De la imputación personal (personalidad) | De la privatización de conflictos            | De sustracción metodológica de los conceptos "criminalidad" y "pena"         |
|   |                              |  | De la politización de los conflictos         | De especificación de los conflictos y de los problemas                       |
|   |                              |  | De la conservación de las garantías formales | De articulación autónoma de conflictos y necesidades reales                  |

La presente tesis se mueve hacia la posibilidad de hacer posible que la AP, como procedimiento inicial, funcione como un verdadero sistema. Lo anterior, con el doble propósito de acabar con las irregularidades del MPF en su tramitación y con las violaciones a las GI, y por otro lado de evitar que el inculpado caiga en el sistema actual de cárcel y al mismo tiempo las pretensiones legales de los agraviados (derivadas del evento delictivo), sean plenamente satisfechas.

Antes de visualizar cada una de las etapas del nuevo modelo propuesto en esta investigación, lo cual se reserva al apartado de propuestas finales, existen ciertas condiciones que anticipadamente deben estar dadas para plantear teóricamente su funcionamiento. A continuación se exponen estos presupuestos previos para un nuevo procedimiento federal de "procuración bipolar de justicia penal", que sea "garantista" para agraviados e inculpados.

## **V. Los presupuestos previos para un nuevo procedimiento federal de “procuración bipolar de justicia penal”, que sea “garantista” para el agraviado y el inculpado.**

La llamada “lucha contra la inseguridad pública” no debe llevar a romper el equilibrio imponiendo condenas más largas en nombre de la colectividad, para sembrar terror e intimidación con el pretexto de mantener la paz pública, creyendo que ello detendrá la criminalidad, cuando en realidad se estaría volviendo a las arbitrariedades de la “venganza pública” que proscribió la modernidad.

El presente estudio intenta rescatar, en el buen sentido, el veterano concepto de la “pareja criminal” (agraviado-inculpado) desde el respeto pleno de los DH de ambos. Es decir, el objetivo fundamental es la protección bipolar de GI tanto para el inculpado como para los agraviados por el delito, y por consiguiente la limitación al poder punitivo en función de aquellas. Y como se ha señalado, esta tarea tiene su inicio en el procedimiento de AP del que dependerán todos los demás.

Para ello cabe recordar que el derecho penal abstracto (entendido como criminalización primaria), según lo consideró el tratadista Alessandro Baratta,<sup>99</sup> no sólo concierne a contenidos, sino también a “no contenidos” de la ley penal:

*“El sistema de valores que en ellos se expresa refleja sobre todo el universo moral propio de una cultura burguesa-individualista, que destaca al máximo la protección del patrimonio privado y que se dirige prioritariamente a tocar las formas de desviación típicas de los grupos socialmente más débiles y marginados”.*

En este sentido se debe dejar claro que la reflexión criminológica está estrechamente vinculada a la dimensión política de la manera cómo se comprende el desorden criminal, y también a la forma cómo se quiere producir el orden social, al interior de un contexto político como el mexicano.

Las demandas sociales de nuestro país son evidentemente disímiles a las de otras naciones. Esta investigación ha buscado esclarecer si el derecho es capaz de garantizar la justicia, el respeto a los derechos fundamentales del ser humano y su bienestar con seguridad jurídica en la AP.

Se pretende obtener utilidad práctica al desentrañar las complicaciones y contingencias en la integración de los expedientes de AP, y aportar propuestas concretas para un mejor procedimiento que garantice una “procuración de justicia” más civilizada y más humana, en contribución al perfeccionamiento del estado de derecho, y al pleno ejercicio de las GI.

---

<sup>99</sup> Baratta, Alessandro. *Op. Cit.* Nota # 368, p. 184.

A la par se pretende lograr una mejor comprensión de las ciencias jurídico-penales como punto de partida para que en México encuentren eco (al menos en el plano de la discusión académica, que sería un buen inicio) los debates que en Europa Occidental y en Sudamérica han alcanzado prolíficas dimensiones, entre las modernas teorías que buscan superar el paradigma penal y las defienden su permanencia.

Concretamente en torno al abolicionismo penal o por lo menos a las propuestas criminológicas progresistas de descriminalización *versus* el garantismo y la defensa de “lo penal” por los límites que impone al poder, que en nuestro caso se orientan al CFPP. El punto toral de estas ideas se encuentra en los principios para una teoría de los DH como objeto y límite de la ley penal, que desarrolló el maestro Alessandro Baratta.

Se busca también simplificar trámites complicados y disminuir el nivel de discrecionalidad gubernamental, pues todo ello sólo ha contribuido a llenar las bolsas de los corruptos. Y aunque el tema pareciera recurrente o “trillado”, es pertinente parafrasear a Santiago Ramón y Cajal, citado por Santiago Zorrilla Arena en su “Introducción a la Metodología de la Investigación”, publicada por editorial Océano en 1985: *“No hay cuestiones agotadas, sino hombres agotados en las cuestiones”*.

Uno de los principales presupuestos para lograr lo anterior inicia con los servicios de asesoría jurídica, los que deben otorgarse desde el inicio de la AP, por abogados conocedores del procedimiento penal, que “verdaderamente puedan” brindarla de tiempo completo, a favor tanto de inculpados en el delito como de agraviados por el delito, a través del IFDP, la CNDH, u otra instancia oficial, pero nunca a cargo de la PGR. Lo anterior deriva de considerar a la asesoría jurídica y a la defensa adecuada como obligación indelegable del gobierno, la que debe ser de fondo, permanente, integral y gratuita, a cargo de áreas especializadas fuera de las procuradurías, para así hacer efectivas sus GI de manera profesional, oportuna y eficiente, informándoles sus derechos como víctima o inculpado; el alcance, desarrollo cronológico y marcha de las actuaciones; y, la decisión de sus asuntos.

Para concluir, cabe mencionar que en el Congreso de la Unión, ya existen, aunque “congeladas”, al menos 3 iniciativas para reformar el sistema de seguridad pública y justicia penal, entre ellas:

1. La del diputado Luis Maldonado Venegas, del Partido Convergencia (noviembre 2003) que propone un código único de procedimientos penales; una ley tipo de justicia cívica para todo el país; una nueva ley sobre ejecución de penas y readaptación social de sentenciados; una nueva ley para el tratamiento de menores infractores y la promulgación de la ley del consejo supremo de seguridad y justicia;

2. La del Partido de la Revolución Democrática, hecha por el diputado Miguel Ángel García-Domínguez, que, aunque con sus matices, dice buscar la transformación del “juicio penal inquisitorio” en acusatorio; y,

3. La del Ejecutivo Federal (marzo 2004), que pretende reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública, transformar el procedimiento penal y profesionalizar la justicia penal en cuanto a los delitos del fuero federal.

Estas 3 iniciativas presentadas implican ya un inicio, y son seguramente susceptibles de ser mejoradas, pero es indispensable que con tiempo se discutan, se perfeccionen ampliamente y, en su caso, se aprueben para darle a la sociedad un marco legal actualizado y eficiente, para responder con eficacia al desafío de la delincuencia y para recuperar el entorno de confianza y seguridad que hace tiempo perdimos.

A esto se suman los resultados de la llamada “Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano”, organizada por la SCJN, dignos de ser tomados en cuenta. Nuestra propuesta, resultante del presente trabajo de investigación, se sintetiza en puntos concretos de reforma constitucional y procesal penal para agraviados e inculpadados, que se incluyen al final de la tesis.

## Conclusiones finales:

### Fuera del campo del derecho:

1] El Estado ha fracasado en su doble tarea de procurar justicia, por lo se requiere contemplar la posibilidad legal de que los agraviados por el delito de manera directa puedan ejercitar acción penal y de reparación de daños y perjuicios ante los jueces exclusivamente en aquellos delitos perseguibles por querrela, y en los de oficio sólo cuando resulten ser agraviados directamente, no como parte de la sociedad abstracta.

2] Como presupuesto previo para tal modificación, es indispensable que como condición *sine qua non*, se lleve a cabo la reducción efectiva de tipos penales, bajo ciertas condiciones de exhaustiva “descriminalización” primaria y secundaria.

3] El modelo criminológico consensual que busca desde una óptica terapéutica la **inserción** social, ha sido equivocadamente utilizado por el sistema penal mexicano.

4] Se requiere no solamente cambiar la ley, e incluso cambiar el sistema penal, sino todo el estado de cosas que en la sociedad “descompuesta” en que nos desenvolvemos propicia que se cometan conductas que los legisladores consideran delictivas.

5] A dicho modelo se opone el conflictual, que considera la conducta del delincuente un síntoma de las imperfecciones de la organización social donde se desenvuelve, por lo cual es esta la que debe ser modificada y no tratar de adaptar a ésta los delincuentes.

6] La solución no sólo está en el derecho, y concretamente en el derecho penal, ni mucho menos en la ley penal, sino que debe ser multidisciplinaria, especialmente política y social, para reducir al máximo las inequidades en la detentación del poder y de la riqueza.

7] La ley penal no evita la delincuencia, por lo que la sed represiva, producto del miedo infundido a la población, y de cuestiones electorales que guían a las autoridades, que pretende inhibir el delito reformando leyes, ha sido errática. Las reformas deben encauzarse a dar seguridad jurídica en el respeto a las garantías individuales de las partes afectadas.

8] El sistema de procuración de justicia en cumplimiento de sus funciones debe garantizar el mínimo de violencia a quienes entran en su contacto, no sólo a los agraviados por el delito, sino a los inculpados. Sin

embargo, incomprensiblemente la gran paradoja es una clara sobrevictimización de las víctimas del delito, generada por el propio procedimiento de averiguación previa, así como la victimización de los inculpados.

**9]** En este contexto se inscribe el “derecho penal mínimo” como sinónimo de “garantismo penal”, entendido conforme al profesor Luigi Ferrajoli, como el modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, sometiéndola a estrictos límites para tutelar los derechos de la persona, tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial.

**10]** El tratadista Luigi Ferrajoli propone desde la defensa a ultranza de las estructuras presuntamente libertarias y garantizadoras del derecho penal liberal, su revalorización a partir de la presencia creciente de un autoritarismo basado en la administrativización de la justicia y en las llamadas “penas informales”. En cambio, el maestro Alessandro Baratta, tomó una postura estratégica que apunta hacia la transformación y abolición radicales del sistema penal futuro sobre la base del respeto de los derechos humanos históricamente determinados como “necesidades reales fundamentales”.

**11]** Una política alternativa deriva de 5 resultados en el análisis que Alessandro Baratta hizo de las manifestaciones empíricas, organizaciones, funcionamiento y funciones reales de los sistemas punitivos: **a.** Como la pena limita derechos y reprime necesidades reales fundamentales, se considera violencia institucional; **b.** los órganos de justicia penal representan intereses minoritarios dominantes y socialmente ventajosos; **c.** la justicia penal es altamente selectiva por la protección acordada de bienes e intereses, y por dirigir la criminalización y reclutamiento de “clientela” primordialmente contra las clases más débiles; **d.** el sistema punitivo produce más problemas (al reprimirlos) de los que pretende resolver; y, **e.** su organización y modo de operar es inadecuada y opuesta a sus funciones declaradas.

**12]** Lo fundamental es afirmar los derechos humanos para contener la violencia punitiva (institucional) que no se puede aislar de la “violencia estructural”, y de la injusticia en las relaciones de propiedad y de poder, sin perder el contexto material e ideal de la lucha por la transformación del sistema penal.

**13]** Así partiendo del concepto histórico-social sobre derechos humanos con una primera función en sentido negativo, como límites a la intervención penal; y otra segunda en sentido positivo, como definición del objeto posible de tutela a través del derecho penal, sirve de instrumento adecuado para el objeto prioritario de una política alternativa de control social: la máxima contención de la violencia punitiva.

**14]** La política de mínima intervención penal orientada al respeto de los derechos humanos se articula desde 2 puntos de vista del sistema penal: **a.** uno interno, del que resultan principios intrasistemáticos que indican los requisitos para introducir y mantener figuras delictivas en la ley; y, **b.** otro externo, del que derivan principios extrasistemáticos relativos a criterios políticos y metodológicos para la

descriminalización y para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y problemas sociales.

**15]** De manera teórica, es viable aplicar a la averiguación previa los 3 principios intra-sistemáticos, propuestos por Alessandro Baratta, que en seguida se señalan: el de limitación formal de reserva de ley (legalidad en sentido estricto); el de limitación funcional de la primacía de la víctima; y, el de limitación personal (responsabilidad penal) de la imputación personal (personalidad).

**16]** En el mismo plano teórico, también son aplicables 6 de sus principios extra-sistemáticos: 3 de descriminalización: el de la privatización de conflictos, el de politización de los mismos, y el de conservación de garantías formales; y 3 metodológicos de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales: el de sustracción metodológica de los conceptos criminalidad y pena, el de especificación de los conflictos y de los problemas, y el de articulación autónoma de conflictos y necesidades reales.

## En el campo del derecho:

1] La principal función declarada del derecho penal es restaurar el equilibrio en la sociedad (orden público y paz social) mediante mecanismos de control social formal (punitivo), los que a su vez integran la política criminal (tarea preventiva). Pero, tal fin se agota al aplicar la pena al autor del delito sino que debe extenderse a la tutela de los agraviados por este, desde la creación de la ley penal hasta la ejecución de sentencia, pasando por el momento en que se tiene conocimiento de un delito e inicia la averiguación.

2] Ante la inseguridad pública los medios de difusión piden “endurecer” leyes con cada vez mayores tipificaciones novedosas y penas más severas; disminuir la edad penal (que por fortuna, por lo pronto, ya es inconstitucional); militarizar el país; e instaurar la pena de muerte. Sin embargo, entrometer al ejército en el control de las penitenciarías, aumentar los “operativos” y cateos, son medidas coyunturales que no resuelven el problema, e implican grandes inconvenientes para las garantías individuales.

3] La impunidad de quienes logran sacar ventaja del imperfecto “sistema” y escurrirse a la acción de la justicia es tan real como el torcimiento deliberado de la ley por el ministerio público y sus policías, ocasionando prolíficos casos de “fabricación de falsos responsables”, y de abandono de víctimas por la justicia y el resarcimiento oficial. Esto es, el “crimen sin castigo” y lo que es peor: el castigo sin crimen.

4] Por lo tanto, las garantías individuales del inculpado de ninguna manera son ni serán obstáculo al combate a la delincuencia, ni a la satisfacción de las pretensiones de las víctimas del delito.

5] Al analizar la averiguación previa de delitos federales en relación con las garantías individuales, se debe distinguir la imperfección de las leyes de su inobservancia, e identificar en esta última la violación encubierta de garantías, de cuya declaración inacabada el legislador es el responsable, mientras que el causante de su violación es, en nuestro caso, el ministerio público federal.

6] Desde el procedimiento federal mexicano de la averiguación previa la protección constitucional “garantista” debe ser bipolar, es decir, declarando derechos y estableciendo mecanismos para su ejercicio pleno, tanto a favor de los agraviados por el evento delictivo como de los inculpados en aquel.

7] La Constitución no prevé aplicabilidad en la averiguación previa de algunas garantías individuales de las víctimas y ofendidos, lo que lleva al problema de la interpretación del texto a favor o en contra, según la conveniencia de inclinar la balanza a favor de determinado interés en un caso concreto. La doliente realidad, es que después de que un ciudadano atravesó la terrible experiencia de ser víctima de un delito, sufre como agregado los efectos de la indagatoria, y de quienes la integran.



**8]** Los inculpados igualmente, por disposición constitucional tácita, no pueden hacer valer la mitad de las garantías individuales previstas para el proceso, durante la averiguación previa, mientras que las que sí son aplicables hasta ahora pueden ser limitadas o sujetas a requisitos en la ley secundaria federal y local.

**9]** La obligación de que el ministerio público solicite la reparación, debe entenderse en sentido amplio, para que desde la averiguación previa realice actos encaminados a comprobarla y obtenerla legalmente, sin concretarse a una simple petición (muchas veces sin sustento) en sus conclusiones acusatorias.

**10]** Los sistemas latinoamericanos avanzados que cuentan con fondos estatales para reparar el daño cuando un condenado resulte insolvente y la víctima se encuentre en estado de necesidad y urgencia a causa del delito, pueden inspirar una reparación inmediata provisional en México, desde la averiguación previa, mediante un “fondo”, sin violentar la “presunción de inocencia” del inculpadado, para que el Estado repare subsidiariamente y posteriormente recupere su pago del condenado.

**11]** Los derechos sustantivos y procesales conferidos a la víctima por la constitución no se aprecian en ninguna parte de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y en cambio se contraponen con las garantías individuales del inculpadado por los amplísimos márgenes discrecionales de actuación que otorga a las instancias operadoras del sistema, con los consecuentes abusos.

**12]** Tanto el agraviado y como el inculpadado en la averiguación previa carecen de medios legales de defensa, ya que la queja ante la contraloría o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la denuncia penal ante el ministerio público no producen el efecto de volver las cosas al estado anterior a la violación de alguna garantía, sino que sólo sancionan al servidor público que actuó indebidamente. El uso del juicio de amparo es limitado, y en los pocos casos que llega a restaurar garantías violadas lo hace tardíamente.

## Propuestas finales:

| <b>I. ETAPA DE RESTRICCIÓN Y PRIVACIÓN CONDICIONADA DE LA LIBERTAD PERSONAL</b> |   |  |  |
|---|---|--|--|
|   | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Propuesta(s) de corrección</b>  |
| <b>A</b>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La averiguación previa en casos de flagrancia o “urgencia” se lleva a cabo con la retención del inculpado.</li> <li>• La violación a la libertad de declarar o no hacerlo, la incomunicación, la intimidación y la tortura, están prohibidas y existe sanción penal, pero son imposibles de demostrar.</li> <li>• La confesión merece valor probatorio con sólo hacerse ante el ministerio público o el juez, y con la asistencia de su defensor, sin que se fije un término para la declaración contadas desde su detención o comparecencia y sin que se prevea la libertad como requisito.</li> <li>• El principio de presunción de inocencia está implícito en la legislación mexicana ante los documentos internacionales que lo contienen.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El inculpado enfrenta en prisión la mayoría de juicios penales, desde donde quedan obligados a “demostrar su inocencia”, sufriendo la pérdida de su fuente de trabajo y la separación de su familia, a la que dejan sin sustento.</li> <li>• La libertad de las personas es la garantía individual más importante, pero paradójicamente su privación constituye violencia oficial en sí misma, y en sus repercusiones accesorias.</li> <li>• La retención en las celdas de “separos” policíacos dependientes del mismo ministerio público permite la incomunicación, la intimidación y en algunos casos la tortura física y moral del inculpado.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Integrar la averiguación previa sin que el inculpado “pise la cárcel” mientras no exista sentencia condenatoria firme, salvo contadas excepciones por delitos “muy graves” únicamente.</li> <li>• Liberar al inculpado, bajo medidas que eviten la impunidad y la evasión, inicialmente en todo delito que admita algún beneficio (de pena breve), y gradualmente en el resto de delitos.</li> <li>• Detener a las personas solamente en flagrancia por delito muy grave.</li> <li>• Hacer comparecer al inculpado ante el ministerio público, por delito no grave que admita sustitutos, para ser identificado y asegurar su sujeción posterior en su caso.</li> <li>• Prohibir que la custodia de detenidos quede en manos del ministerio público o de quienes dependan de éste.</li> </ul> |
| <b>II. ETAPA DE DEVOLUCIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL</b>              |   |  |  |
|   | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Propuesta(s) de corrección</b>  |
| <b>A</b>  | <p>Cuando se investigan delitos que son considerados “graves” se niega al inculpado su libertad provisional bajo caución.</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La violación al principio de presunción de inocencia.</li> <li>• La clasificación inicial del delito que motiva la averiguación a discreción</li> </ul>   | <p>Reducir monumentalmente el catálogo de delitos graves, y renombrarlo de “delitos muy graves”, para efectos de la libertad caucional, en base al principio</p>   |

|          |  |  |   |
|----------|--|--|---|
|          |  | <p>del ministerio público.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El mismo tratamiento a delitos consumados que a los casos de “tentativa”.</li> </ul>   | <p>extra-sistemático metodológico de construcción alternativa de conflictos y problemas sociales de Alessandro Baratta, conocido como de “especificación” de los mismos.</p>  |
| <b>B</b> | <p>El artículo 20 apartado “A” constitucional sólo contempla a la autoridad judicial, para conceder la libertad caucional del inculpado, y es el Código de Procedimientos Penales el que amplía la garantía individual ante el ministerio público.</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El monto de la caución fijada no está regulado por ningún tipo de reglas durante la averiguación previa.</li> <li>• La Constitución no obliga a conceder la libertad sin caución ni bajo protesta, lo que no es una garantía individual sino un derecho procesal pocas veces atendido.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar el principio de “sustracción metodológica de los conceptos criminalidad y pena”.</li> <li>• Señalar en el texto constitucional al ministerio público como obligado a otorgar tal derecho.</li> <li>• Elevar al rango de garantía individual el otorgamiento judicial o ministerial, en su caso, al inculpado de su libertad provisional sin caución, bajo protesta o bajo caución, que proceda, y en este último caso hacer su monto y forma realmente asequibles a sus posibilidades económicas.</li> </ul> |

|          | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>  | <b>Correcciones propuestas</b>   |
|----------|---|---|--|
| <b>C</b> | <p>El juez, a petición del ministerio público, puede negar al inculpado su libertad caucional por autorización constitucional a pesar de que se trate de delito “no grave” bajo ciertos requisitos.</p> | <p>La conducta precedente del inculpado, las circunstancias y las características del delito atribuido no determinan el supuesto riesgo que su libertad provisional represente al ofendido o la sociedad.</p> | <p>Restablecer la libertad provisional para todo tipo de delitos (graves o no) de manera absoluta, ya que la hipótesis incierta de la reforma de 1996 la acoge el último párrafo de la fracción que deja a la ley secundaria los casos graves de revocación judicial de la libertad provisional.</p> |

### III. ETAPA DE CONTROL LEGAL EXTERNO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

|          | <b>Funcionamiento actual</b>   | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Correcciones propuestas</b>  |
|----------|--|--|---|
| <b>A</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El ministerio público no está sometido a ningún tipo de control legal externo en su actuación durante la averiguación previa que conduce.</li> <li>• El artículo 20 constitucional contiene la declaración expresa de las garantías individuales aplicables a favor del inculpado, de la víctima y del ofendido, en la averiguación previa y el proceso penal.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los principios de legalidad, presunción de inocencia, celeridad, economía procesal y publicidad no orienten el procedimiento penal de averiguación previa.</li> <li>• Las garantías individuales del artículo 20 constitucional no son ejercidas a plenitud ni respetadas.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar el principio intrasistemático de limitación formal de “reserva de ley”.</li> <li>• Tipificar nuevamente como delito la violación de garantías cometida por cualquier servidor público.</li> <li>• Establecer nulidades y responsabilidad penal en el procedimiento de averiguación previa para garantizar verdaderamente la manera de hacer efectivas tales garantías individuales, así como el amparo indirecto.</li> </ul> |

|          | <b>Funcionamiento actual</b>   | <b>Anomalía(s)</b>  | <b>Correcciones propuestas</b>   |
|----------|--|---|--|
| <b>B</b> | El juicio de garantías contempla la suplencia en la deficiencia de la demanda en materia penal para los inculpados, pero como el amparo no procede contra actos del ministerio público durante la averiguación previa las violaciones cometidas no pueden ser detenidas ni revertidas. | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La inexistencia de revisión del respeto a las garantías individuales de las personas ni de la constitucionalidad de los actos del ministerio público durante la tramitación de sus averiguaciones previas.</li> <li>• El sobreseimiento de la mayoría de amparos indirectos contra los pocos actos reclamables en el mismo, por cambio de situación jurídica.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prever en el juicio de garantías la corrección oficiosa en materia penal, y la obligación de resolver el fondo del asunto planteado.</li> <li>• Proteger los actos contra la libertad personal con el rango de los prohibidos por el artículo 22 constitucional.</li> <li>• Suspender el ejercicio de la acción penal hasta en tanto exista sentencia de amparo.</li> </ul> |

**IV. ETAPA DE APLICACIÓN INTEGRAL BIPOLAR DE GARANTÍAS INDIVIDUALES  
(PRINCIPIO DE DESCriminalIZACIÓN DE “CONSERVACIÓN DE GARANTÍAS FORMALES”)**

|          | <b>Funcionamiento actual</b>           | <b>Anomalía(s)</b>    | <b>Correcciones propuestas</b>  |
|----------|--|-----------------------|---|
| <b>A</b> | El último párrafo del apartado “A” del | La misma Constitución | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar la totalidad de</li> </ul> |

|  |   |  |
|--|---|--|
| <p>artículo 20 constitucional sólo permite observar durante la averiguación previa las garantías de las fracciones I, V, VII y IX, bajo ciertos términos, requisitos y límites establecidos por las leyes ordinarias, salvo las de la fracción II que no se sujeta a condición alguna.</p> | <p>da al ministerio público el pretexto ideal para no aplicar todas las garantías individuales en la averiguación previa.</p> | <p>garantías en la averiguación previa en la medida que su naturaleza lo permita.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Señalar al inicio del artículo 20 constitucional que desde la averiguación previa serán aplicables todas las garantías de los apartados “A” y “B” respectivamente.</li> </ul> |
|--|---|--|

|          | <b>Funcionamiento actual</b>   | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Correcciones propuestas</b>   |
|----------|--|--|--|
| <b>B</b> | <p>La obtención de copias simples o certificadas de todo el expediente de averiguación previa o de aquellas actuaciones que peticione el ofendido, la víctima o el inculpado, como parte de la garantía de información a favor de ambos, está fundamentada en los artículos 16 párrafo segundo y 25 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, como disposiciones de ley secundaria que amplían la garantía individual.</p> | <p>La negativa sistemática del ministerio público federal para autorizarlas y entregarlas a los peticionantes, no obstante de tener el carácter de inculpados, víctimas u ofendidos.</p>   | <p>Romper el celoso sigilo inquisitorial al obligar al ministerio público a expedir copias fotostáticas gratuitas de la averiguación previa, dándole así transparencia, al facilitar al inculpado y su defensor todos los datos que soliciten para su defensa, al igual que a los agraviados y sus asesores.</p> |
| <b>C</b> | <p>La constitución prevé la adecuada defensa del inculpado, desde la averiguación previa a través de sí mismo, de una persona de su confianza o de abogado defensor.</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La perversión de estas opciones de defensa sin que la “persona de confianza” defienda ni sea de la confianza del inculpado sino del ministerio público.</li> <li>• El incumplimiento de los principios de “pertinencia” e “idoneidad”, que lleva aparejado el derecho de</li> </ul> | <p>Mantener la opción de la “persona de confianza”, pero cuando carezca de cédula profesional de abogado o sólo se concrete a aceptar el cargo sin promover más pruebas ni dirigir al inculpado en su defensa, llamar de inmediato y designar de oficio un defensor público gratuito</p>                         |

|  |  |                   |  |
|--|--|-------------------|--|
|  |  | defensa adecuada. |  |
|--|--|-------------------|--|

|          | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Correcciones propuestas</b>  |
|----------|---|--|---|
| <b>D</b> | La declaración inicial del inculpado se recaba en el momento que lo decide el ministerio público siempre y cuando sea dentro del término constitucional, puesto que ninguna ley establece reglas al respecto. | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La intervención del defensor sólo se permite hasta que el inculpado lo designa, lo que ocurre hasta su declaración.</li> <li>• La declaración inicial generalmente se recaba a pocas horas de fenecer el término constitucional, lo que reduce considerablemente las posibilidades reales de defensa adecuada.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Recabar la declaración del inculpado dentro de las 4 horas siguientes a su comparecencia estando en libertad absoluta y habiéndose entrevistado en privado con su defensor para que su declaración tenga validez.</li> <li>• Agregar estos requisitos en la fracción II del apartado "A" del artículo 20 constitucional para la validez de la confesión.</li> <li>• Privar al inculpado de su libertad por un término constitucional máximo de 48 horas solamente cuando se trate de delito "muy grave".</li> <li>• Mostrar al inculpado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, en audiencia pública, dentro de las 4 horas siguientes a su detención o comparecencia en la averiguación previa, a fin de que conozca bien el hecho punible atribuido y pueda rendir así su declaración inicial.</li> </ul> |
|          | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>   | <b>Correcciones propuestas</b>  |
| <b>E</b> | La garantía individual de recepción de pruebas al inculpado y su defensor   | El ministerio público se niega a recabar testimonios de personas que no residan en la misma  | Suprimir la condición de que los testigos se encuentren en el lugar del proceso obligando a   |

|          |   |   |   |
|----------|---|---|---|
|          | contempla el auxilio de la autoridad para obtener la comparecencia de los testigos que ofrezcan, con la condición de que éstos se encuentren en el lugar del proceso.   | población aun y cuando sea cercana a aquella donde se lleva la investigación.   | recibirlos si existe tiempo para citarlos o si residen en otra población cercana o si el defensor se compromete a presentarlos a su costa.  |
| <b>F</b> | En el proceso penal seguido ante autoridad judicial existe un plazo de 4 meses para ser juzgado por delitos penalizados con no más de 2 años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de 2 años, sin que en la averiguación previa se señalen términos para resolverla. | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La duración de los juicios ordinariamente implica que los procesados permanezcan durante varios años en la incertidumbre y privados, casi siempre, de su libertad y de sus derechos políticos.</li> <li>• Los partidarios de la oralidad piensan que llevar el proceso penal por escrito es lo que lo ha vuelto tan lento, impidiendo, en muchas ocasiones, su continuación de manera rápida y desahogada.</li> <li>• La espera eterna de los agraviados por el delito para que sus asuntos avancen y lleguen a buen término.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fijar constitucionalmente en la averiguación previa la mitad de estos plazos para resolver el ejercicio o inejercicio de la acción penal, y la sanción al juez o ministerio público que rebase los términos (2 meses en delitos de pena hasta de 2 años, y 6 meses en los que excedan).</li> <li>• Establecer la composición amigable entre agraviados e inculpados en delitos de querrela, y con el ministerio público cuando el agraviado sea la sociedad en general en delitos no graves, en aplicación del principio de “articulación autónoma de conflictos y necesidades reales”.</li> </ul> |
|          | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>  | <b>Correcciones propuestas</b>  |
| <b>G</b> | La fracción VI del apartado “A” del artículo 20 constitucional prevé la participación del jurado y la existencia de los “delitos de prensa”.  | Ambos casos son evidentemente obsoletos e inaplicables.   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Quitar lo relativo al jurado y a los “delitos de prensa” del artículo 20 constitucional apartado “A”.</li> <li>• Mantener sin modificación la fracción IV del dicho apartado y artículo.</li> </ul>  |
| <b>H</b> | El apartado “B”, en su fracción I contempla que la víctima, o el ofendido, reciban asesoría   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Generalmente esta garantía individual no se cumple en la averiguación previa por creer</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar el principio intrasistemático de “primacía de la víctima”, y los</li> </ul>  |

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
|   | <p>jurídica; sean informados de sus derechos constitucionales y del desarrollo del procedimiento penal.</p>   | <p>que su aplicación es hasta el proceso seguido ante el juez.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• En los hechos ninguna instancia pública desea hacerse responsable de otorgar la asesoría de oficio, y las que lo hacen dejan mucho que desear.</li> </ul> | <p>extrasistemáticos de “privatización y politización de conflictos”.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Añadir en la constitución que la información comprenda la averiguación previa, y la expedición de copias fotostáticas de todo lo actuado.</li> <li>• Asesorar de oficio a las víctimas y ofendidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, desde la averiguación previa hasta que se le satisfaga la reparación de daños y perjuicios.</li> <li>• Establecer un procedimiento de reconciliación alternativo a la “solución” penal.</li> </ul> |
|   | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>  | <b>Correcciones propuestas</b>   |
| I | <p>La fracción V del apartado “B” dispensa a la víctima u ofendido menores de edad o incapaces, del careo con el inculpado sólo en delitos de violación o secuestro.</p>  | <p>Existen delitos igual de traumáticos para los menores o incapaces víctimas de ellos, sin impedimento legal para revivir los hechos a través del careo.</p>   | <p>Establecer que los menores de edad o incapaces no estén obligados a carearse con el inculpado en ningún caso.</p>   |
| J | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La Constitución prevé medidas y providencias legales para seguridad y auxilio de los agraviados.</li> <li>• La protección a testigos es exclusiva de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y no existe en la legislación ordinaria por otro tipo de delitos.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La imprevisión en la ley secundaria de la medida y de su prestador.</li> <li>• La imprevisión de la duración de la protección, ya que la condena del inculpado no impide una venganza a través de terceros.</li> </ul>       | <p>Agregar en la fracción VI del apartado “B”, del artículo 20 la recepción de medidas y providencias de protección previstas en ley para su seguridad y auxilio para mantener a salvo a la víctima u ofendido incluso de por vida.</p>  |
| K | <p>La Ley Federal contra la</p>   | <p>La construcción de un nuevo</p>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar el principio de</li> </ul>  |



|  |  |  |
|--|--|--|
| <p>Delincuencia Organizada contiene “reglas especiales” que contravienen la Constitución, y la legislación ordinaria sustantiva, adjetiva y penitenciaria.</p> | <p>fuero penal operado desde la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, que en realidad es otra Procuraduría y que se ha convertido en fuente de las violaciones más graves a los derechos humanos.</p> | <p>limitación “de la imputación personal”.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Abrogar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y su nuevo fuero de privilegios y abusos.</li> <li>• Desaparecer el tipo penal relativo y, de justificarse su existencia, trasladarlo a los artículos 164 y 164 bis del Código Penal Federal, como una “asociación delictuosa calificada”.</li> </ul> |
|--|--|--|

**V. ETAPA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ANTE AUTORIDAD JUDICIAL**

|          | <b>Funcionamiento actual</b>  | <b>Anomalía(s)</b>  | <b>Correcciones propuestas</b>  |
|----------|---|---|---|
| <b>A</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El ministerio público pertenece al Poder Ejecutivo.</li> <li>• El ministerio público tiene la encomienda constitucional de investigar en exclusiva los delitos y perseguir a los probables responsables en el procedimiento de averiguación previa.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La falta de transparencia en el ejercicio de sus funciones.</li> <li>• El desamparo a los agraviados por el delito.</li> <li>• La dependencia jerárquica permite intervenciones ajenas al ministerio público en la averiguación previa.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Acabar con la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, y de reparación de daños y perjuicios, estableciendo en la Constitución, la participación de los agraviados por el delito y la autonomía del ministerio público del Poder Ejecutivo.</li> </ul> |
| <b>B</b> | <p>El ministerio público monopoliza la decisión de ejercitar acción penal.</p>  | <p>Tal facultad discrecional ha sido invadida de la corrupción y de la ineptitud de quienes desempeñan el cargo de ministerio público en perjuicio de los agraviados por el delito.</p>   | <p>Establecer que la víctima u ofendido ejercite directamente acción penal y de reparación de daños y perjuicios, ante el juez, en aquellos delitos cometidos en su propio agravio, cuando el ministerio público no lo haga.</p>  |
| <b>C</b> | <p>La resolución donde el Procurador General se abstiene de ejercitar la acción penal no admite recurso para ser combatida por los agraviados</p>   | <p>La cancelación de la posibilidad de que a los agraviados por el delito se les reparen sus daños y perjuicios sufridos.</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Contemplar en el artículo 133 de la ley adjetiva un recurso ordinario contra el no ejercicio interpuesto ante autoridad judicial.</li> </ul>   |

|  |             |  |   |
|--|-------------|--|---|
|  | del delito. |  | <ul style="list-style-type: none"><li>• Prever en el artículo 114 de la Ley de Amparo su procedencia en la averiguación previa.</li></ul> |
|--|-------------|--|---|

## Fuentes de investigación:

### Fuentes bibliográficas.

- Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2001.
- Amnistía Internacional. México. Tortura e Impunidad. Editorial Amnistía Internacional (EDAI). 1ª edición. Madrid, España. 1991.
- Baratta, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. Traducción de Álvaro Búnster, editorial Siglo XXI. 7ª edición en español, México, D.F. 2001.
- Baratta, Alessandro. "Principios de Limitación Personal o Principios de Limitación de la Responsabilidad Penal. Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal". Universidad del Saarland. República Federal Alemana. Traducción original en italiano por Fernando Tenorio Tagle. Compilación de: Sánchez Sandoval, Augusto. Historia y Evolución del Control Punitivo en México. Capítulo séptimo. A manera de conclusión. Universidad Nacional Autónoma de México. "Campus Acatlán". México, D.F. 2001. (Fotocopias).
- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. 36ª edición. México, D.F. 2003.
- Carbonell, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 1ª edición, México, D.F. 2004.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F. El Derecho de Defensa en Materia Penal. (Su Reconocimiento Constitucional, Internacional y Procesal). Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2004.
- Castañeda, Jorge. Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas. El Colegio de México. México, D.F. 1967.
- Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones, editorial Porrúa, 12ª edición, México, D.F. 2002.
- De la Cruz Agüero, Leopoldo. Código Federal de Procedimientos Penales. Comentado. (Jurisprudencia y Práctica). Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2003.
- Esquinca Muñoa, César. La Defensoría Pública Federal. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2003.
- Etienne Llano, Alejandro. La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional. Editorial Trillas. 1ª edición. México, D.F. 1997.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto; Ruiz Miguel, Alfonso; Bayón Mohino, Juan Carlos; Terradillos Basoco, Juan; y Cantanero Bandrés, Rocío. Editorial Trotta. 6ª edición. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid, España. 2004.

- Fix-Zamudio, Héctor. Función Constitucional del Ministerio Público. Tres Ensayos y Un Epílogo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª edición. México, D.F. 2002.
- García Ramírez, Sergio. Delincuencia Organizada. Antecedentes y Regulación Penal en México. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2002.
- García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, D.F. 1995.
- González Vidaurri, Alicia; Gorenc, Klaus-Dieter; y Sánchez Sandoval, Augusto. Control Social en México, DF. Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Estudios Profesionales Acatlán. 1ª edición. 1ª reimpresión. México, DF. 2004.
- González Vidaurri, Alicia; y Sánchez Sandoval, Augusto. Criminología. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2005.
- Guillén López, Raúl. Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa, editorial Porrúa, 1ª edición, México, D.F. 2003.
- Islas de González Mariscal, Olga. Derechos de las Víctimas y de los Ofendidos por el Delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 1ª edición. México, D.F. 2003.
- Lima Malvido, María de la Luz. Modelo de Atención a Víctimas en México. Editorial Porrúa. 1ª edición. México, D.F. 2004.
- Ojeda Bohórquez, Ricardo. El Amparo Penal Indirecto. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F. 2002.
- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa, editorial Porrúa, 13ª edición, México, D.F. 2002.
- Queralt, J. Joan. Víctimas y Garantías. Algunos Cabos Sueltos. Libro Homenaje a Claux Roxin. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, España. 1999.
- Sánchez Sandoval, Augusto. "La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de Hecho, de los Estados. Presupuestos para Visualizar el Segundo Congreso Internacional de Política Criminal". Ensayo publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, con motivo del mencionado Congreso Internacional denominado: "La Reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad", celebrado en México, D.F., del 15 al 17 de octubre de 2003.
- Sarre Íguiniz, Miguel. "Imprudencia de la Prisión Preventiva para las Personas Procesadas por Delitos cuya Penalidad Admite un Sustitutivo de Prisión". Cuadernos para la Reforma de la Justicia 2. Las Penas Sustitutivas de Prisión. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª edición. México, D.F. 2002.
- Sarre, Miguel. Artículo: "Control del Ministerio Público". Anuario de Derecho Público, Número 1. Los Controles Constitucionales. Editorial McGraw Hill e Instituto Tecnológico Autónomo de México. 1ª edición. México, D.F. 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ponencia: "¿Qué hacer con la Pena? Las alternativas a la prisión". (Obtenida de la transcripción del audio original durante el Encuentro Internacional "La

Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: Aportes y Experiencias”, celebrado en México, D.F. el 26 y 27 de julio de 1993, bajo coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del D.F. y la II Asamblea de Representantes del D.F.). Cuadernos para la Reforma de la Justicia. Las Penas Sustitutivas de Prisión. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª edición.

- Zamora Grant, José. La Víctima en el Sistema Penal Mexicano. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1ª Reimpresión. México, D.F. Octubre 2003.

### **Fuentes hemerográficas.**

- Diario Oficial de la Federación: febrero 9 de 1922; enero 18 de 1934; diciembre 2 de 1948; enero 14 de 1985; enero 10 de 1986; noviembre 19 de 1986; abril 03 de 1992; septiembre 3 de 1992; septiembre 3 de 1993; enero 10 de 1994; diciembre 31 de 1994; julio 3 de 1996; noviembre 8 de 1996; diciembre 10 de 1996; noviembre 26 de 1998; febrero 8 de 1999; mayo 17 de 1999; 3 de julio de 2000; septiembre 21 de 2000; marzo 30 de 2001; enero 17 de 2002; febrero 19 de 2002; junio 14 de 2002; diciembre 27 de 2002; febrero 11 de 2003; agosto 11 de 2004; septiembre 13 de 2004; agosto 23 de 2005; noviembre 28 de 2005; diciembre 12 de 2005; febrero 8 de 2006; mayo 19 de 2006; mayo 25 de 2006; junio 6 de 2006; y junio 22 de 2006. (Fotocopias).
- Diario de Debates. Cámara de Diputados: sesión de diciembre 18 de 1981; sesión de octubre 04 de 1983; sesión de noviembre 17 de 1983; sesión de diciembre 18 de 1990; y, sesión de agosto 19 de 1993. (Fotocopias).
- Díaz Herrera, Miguel Ángel. Artículo: “La Víctima: Un Recuento Histórico de su Papel en el Proceso Penal”. Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 9. México, D.F. Enero-Marzo 2004.
- Ferrajoli, Luigi. Artículo: “Garantías y Derecho Penal”. Traducción al español de Marina Gascón. Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 1. México, D.F. Diciembre 2001.
- Gertz Manero, Alejandro. Artículo: “Bienvenida la Polémica”. Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 8. México, D.F. Octubre-Diciembre 2003.
- Hernández Pliego, Julio. Artículo: “Comentarios al Debate”. “¿Debe desaparecer el ministerio público?”. Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 8. México, DF. Octubre-Diciembre de 2003.
- Laveaga, Gerardo. Artículo: “Por qué no estoy de acuerdo con Gertz”. Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 8. México, D.F. Octubre-Diciembre de 2003.
- Meza Fonseca, Emma. Artículo: “Una Visita por el Sistema de Justicia del Reino Unido”. Revista Compromiso. Poder Judicial de la Federación. Año 3. Número 39. México, D.F. Septiembre 2004.
- Sánchez Sandoval, Augusto. “La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: un Nuevo Fuero Penal Posmoderno”. Ensayo publicado en el número 3 de la Revista “Alter”, de la Universidad de Campeche. Campeche, México. 1998. (Fotocopias).

- Ravelo, Ricardo. Artículo: "Estado de México: Los Dominios del Crimen. con el Proceso Electoral en puerta para suceder al Gobernador Arturo Montiel, los posibles Candidatos tanto del PRI como del PAN tienen en el discurso contra la Criminalidad su mejor Bandera. Pero ganar votos así puede resultarles caro: el Problema es Real, y no cualquiera podrá Enfrentarlo". Revista Proceso. Semanario de Información y Análisis. Número 1447. México, D.F. Julio 25 de 2004.
- Rojas Camacho, Raúl. Artículo: "Comentarios a la nueva Ley de Víctimas para el Distrito Federal". Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2ª época. Número 11. México, D.F. Julio-Septiembre 2004.
- Sicilia, Javier. Artículo: "De Impunidad a Impunidad". Revista Proceso. Semanario de Información y Análisis. Número 1448. México, D.F. Agosto 1 de 2004.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. La Función Reductora del Derecho Penal ante un Estado de Derecho Amenazado o la Lógica del Carnicero Responsable. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I del Mercosur, de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Guarujá, Brasil, el 16 de septiembre de 2001. "Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?". Número 3. Fabián J. Di Plácido Editor. Buenos Aires, Argentina. 2003. (Fotocopias).

### **Legislación.**

- Agenda Penal Federal. Compendio de Leyes Penales Federales. Ediciones Fiscales ISEF. 17ª edición. México, D.F. 2006. Ley Orgánica de la Procuraduría de la República; Código Federal de Procedimientos Penales; Código Penal Federal; Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; y, Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Acuerdo número A/006/92 del Procurador General de la República, que determina el actuar de los agentes del Ministerio Público Federal en relación a los casos en que resuelva el No Ejercicio de la Acción Penal, en las Averiguaciones Previas a su cargo. (Fotocopias).
- Acuerdo número A/007/92 del Procurador General de la República, que determina el actuar de los agentes del Ministerio Público Federal respecto a los asuntos en que consulten la Reserva de las Averiguaciones Previas a su cargo. (Fotocopias).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada. Tomos I, IV y V. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. 17ª edición. México, D.F. 2003.
- Legislación Penal Procesal para el Estado de Morelos. Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Publicado en el Diario Oficial "Tierra y Libertad" el 9 de octubre de 1996. Editorial SISTA. México, D.F. 2004.
- Recomendación General número 02/2001, sobre la Práctica de las Detenciones Arbitrarias, emitida por el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en México, D.F., en junio 19 de 2001, dirigida a los Procuradores Generales de Justicia y de la República, al Secretario de Seguridad Pública Federal y a los Responsables de Seguridad Pública de las Entidades Federativas. (Fotocopias).

## **Abreviaturas utilizadas, en orden alfabético:**

**AP:** Averiguación previa.

**CFPP:** Código Federal de Procedimientos Penales.

**CNDH:** Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

**CPEUM:** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**CPF:** Código Penal Federal.

**CPPDF:** Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

**DF:** Distrito Federal.

**DH:** Derechos humanos.

**DOF:** Diario Oficial de la Federación.

**DPFVD:** Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder.

**GI:** Garantías individuales.

**IFDP:** Instituto Federal de Defensoría Pública.

**JA:** Juicio de amparo.

**LFAFE:** Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

**LFCD:** Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

**LFDP:** Ley Federal de Defensoría Pública.

**LFPST:** Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

**LGS:** Ley General de Salud.

**LOPGR:** Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

**MPF:** Ministerio público federal.

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas.

**PGR:** Procuraduría General de la República.

**PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SCJN:** Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**SMGDF:** Salario Mínimo General vigente en el Distrito Federal.

**SMGV:** Salario Mínimo General vigente.