



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

**“PROPUESTA PARA REGULAR AL TESTIGO PROTEGIDO
EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”**

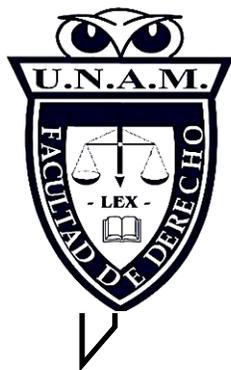
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ELIZABETH CAMARENA BUSTOS



ASESOR:

LICENCIADO CARLOS VIEYRA SEDANO

CIUDAD UNIVERSITARIA

2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 123/SDPP/12

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

La alumna **CAMARENA BUSTOS ELIZABETH**, con número de cuenta **303308483**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado Carlos Vieyra Sedano, la tesis profesional titulada **“PROPUESTA PARA REGULAR AL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El Licenciado Carlos Vieyra Sedano en calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que la aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **“PROPUESTA PARA REGULAR AL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”**, puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **CAMARENA BUSTOS ELIZABETH**.

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

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

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 13 DE AGOSTO DE 2012

DRA. CARINA GÓMEZ FRÖDE
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

DEDICATORIAS:

La presente tesis se la dedico a mi padre, por su apoyo y su amor incondicionales, siempre serás mi mejor amigo, mi consejero y mi ejemplo a seguir, te amo con todo mi corazón.

A mi madre, gracias por siempre procurarme y apoyarme cuando lo necesito y por siempre preocuparte por que todos estemos bien, te amo mamá.

A mi hermano que espero que pronto siga este mismo camino.

A David Salas Ávila, gracias por aparecer para cambiar mi vida y compartir una nueva aventura juntos, por ser mi cómplice y estar conmigo siempre en las buenas y las malas. Te amo.

A mi abuelita Leonor, por haber sido una gran consejera y la mujer más fuerte que he conocido, te extraño mucho.

A mis abuelitos Eduardo y Trini, por qué gracias a ustedes mi vida es feliz por que son los mejores padres y abuelitos que pueden existir.

AGRADECIMIENTOS:

A mis profesores, a quienes les debo horas de aprendizaje

A mis amigos y compañeros de la carrera, sin todas y cada una de las personas que se cruzaron en mi camino mi vida no sería la misma.

A mi asesor Licenciado Carlos Vieyra Sedano por apoyarme para la elaboración de esta tesis.

A mi Universidad, Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la Facultad de Derecho, gracias por acogerme y darme las bases para absolutamente todo lo que soy y seré.

“Por mi raza hablará el espíritu”.

CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS FUNDAMENTALES

INTRODUCCION	I
1.1 DERECHO PENAL	1
1.2 DELITO	3
1.3 PRUEBA	8
1.4 TESTIGO.....	11
1.5 DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	12
1.5.1 SU REGULACIÓN	15
a) CONSTITUCIÓN PÓLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	
b) LEY FEDERAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA	
c) TRATADOS INTERNACIONALES	
1.6 LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL	31
1.7 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	33
1.8 SUBPROCURADURÍA DE INVESTIGACIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA	35

CAPÍTULO SEGUNDO
LA PRUEBA

2.1 CONCEPTO DE PRUEBA	37
2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA	40
2.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA	42
2.4 LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO...	52

CAPÍTULO TERCERO
LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1 DEFINICIÓN	55
3.2 EL TESTIGO	57

3.3 LA IMPORTANCIA DEL TESTIGO	58
3.4 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL TESTIGO	59
3.5 ESTRUCTURA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	62
3.6 EL TESTIMONIO Y LOS DERECHOS DEL INculpADO	67

CAPÍTULO CUARTO

EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

4.1 CONCEPTO DE TESTIGO PROTEGIDO	80
4.2 PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO	81
4.3 LA PROTECCIÓN A TESTIGOS EN EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO	85

CAPÍTULO QUINTO

EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ESTADOS UNIDOS	87
5.2 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ITALIA	91
5.3 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ESPAÑA	92
5.4 PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN AMERICA LATINA	97
a) COLOMBIA	
b) CHILE	

CAPÍTULO SEXTO

PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DEL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

6.1 LA NECESIDAD DE ADECUAR EL MARCO LEGAL DEL TESTIGO PROTEGIDO	105
---	------------

6.2 LOS TESTIGOS FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA113

CONCLUSIONES.

PROPUESTA. PROYECTO DE REGLAMENTO DE PROTECCION A TESTIGOS.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCION

En nuestro país ya desde hace algún tiempo se vive día a día la realidad de una delincuencia organizada en crecimiento acelerado y que evoluciona en la complejidad de sus operaciones, alrededor del mundo los programas de protección de testigos se han hecho cada vez mas comunes con la finalidad de incentivar la participación de los testigos, así como para reforzar la participación de personas implicadas en el crimen organizado, los testigos son los ojos y los oídos de la justicia, es de ahí que se desprende la importancia de su colaboración,

A pesar de ser muy común leer en algún artículo periodístico sobre la protección de testigos en nuestro país, en realidad no existía tal cual a disposición pública las características del mismo, razón por la cual se desconocen las medidas de protección, criterios de admisión, procedimientos, derechos y obligaciones de las partes y los encargados de ejecutarlos.

La necesidad de un programa que establezca todos los aspectos mencionados anteriormente es lo que motiva la realización de este trabajo de tesis siendo así que el sentido final de esta tesis es desarrollar un instrumento el cual contenga las medidas para otorgar la protección a los testigos que intervienen en el proceso penal, el cual establezca a grandes rasgos los candidatos susceptibles de ingresar al programa, la clasificación de los testigos que ingresen al programa, la correspondiente evaluación de los aspectos objetivos y subjetivos que rodean al testigo respecto a su situación social, familiar y económica la que se deberá realizar para valorar el ingreso del testigo al programa de protección, ya que solo así se podría entender el verdadero riesgo y amenaza que corre el mismo, así como el señalamiento de las facultades y competencia de la autoridad para otorgar la protección.

Es posible que al dar certeza respecto a la protección, los testigos tengan seguridad de que recibirán apoyo y protección contra la intimidación y los daños que pueden tratar de infringirles los grupos delictivos para intentar disuadirles de que presten su cooperación, y siendo este un buen sistema ya probado en otros Estados para contrarrestar a la delincuencia organizada.

Hay que hacer mención que como mayor precedente de la importancia de protección de testigos tenemos a nivel internacional la protección otorgada a los testigos que participan en actuaciones penales y que prestan su testimonio sobre los delitos de delincuencia organizada transnacional se encuentra establecida en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en los artículos 24 y 25 del mismo, donde se habla de la existencia de procedimientos para la protección física de esas personas, incluida en la medida de lo necesario y lo posible, sobre su reubicación así como de la prohibición total o parcial en el caso de revelar información relativa a su identidad y paradero, dándole asimismo gran importancia a la necesidad de otorgar esta protección sin perjuicio de los derechos del acusado.

Es por lo anteriormente establecido que consideramos necesario que un instrumento específico regule la cuestión de protección a testigos y no solamente eso, sino que vaya mas allá otorgando la protección a favor del testigo o la víctima que han intervenido en la actuación procesal y que se de la posibilidad de que la misma pueda extenderse a su núcleo familiar y a aquellas personas cuya relación directa con el testigo o la víctima genera situaciones comprobadas de amenaza y riesgo.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1 DERECHO PENAL

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana, todo los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social.

La definición del derecho penal puede sustentarse en su carácter subjetivo, o bien, desde su conformación objetiva.

No se debe confundir la denominación de “*derecho penal*” con la de “*derecho penal subjetivo*”, este ultimo se refiere al “*derecho a penar*” que tiene al Estado, poder punitivo mas conocido por su denominación latina: *ius puniendi*.¹ Todo derecho subjetivo supone entonces una facultad o potestad de su titular para hacer o dejar de hacer algo; por tanto, un derecho subjetivo presupone la existencia de un titular, una facultad y un tercero obligado a respetar la voluntad del titular.

El Derecho es la política del poder, el Derecho público para castigar es el poder, jurídicamente limitado, esta limitación está formada por el Derecho Penal en su sentido objetivo”.² Con la denominación derecho penal objetivo se hace referencia a las *normas penales*.

¹ Díaz-Aranda, Enrique, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Porrúa, México 2008; p. 3

² Von Liszt, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I. Traducido por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus, Madrid s/f. P. 5.

El derecho penal ha sido denominado de diferentes formas; por ejemplo: derecho vergonzoso (*peinliches Recht*), derecho represivo, derecho sancionatorio; derecho protector de los criminales, derecho de penas y medidas de seguridad o derecho criminal. No obstante, la doctrina mayoritaria desde mediados del siglo XVIII ha adoptado la denominación “derecho penal”.³

Debido a su necesidad de contrarrestar el crimen, la sociedad, por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando origen al Derecho Penal; Raúl Carranca y Trujillo define al Derecho Penal objetivamente como el *conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos*, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁴

Tenemos que el derecho penal es algo más que un conjunto o agrupación; es un “*sistema*”, por lo cual entendemos al conjunto de reglas o principios sobre una materia entrelazados entre sí; como un conjunto de reglas o principios que ordenadamente relacionadas contribuyen a un determinado fin, método, plan o procedimiento, así en el derecho penal las normas que lo componen se encuentran interrelacionadas entre sí y funcionan como la maquinaria de un reloj.

En opinión de Raúl Zaffaroni, como Derecho Penal, se designa conjunta o separadamente dos entidades el conjunto de leyes penales, la legislación penal; o el sistema de interpretación de esa legislación, el saber del derecho penal. El derecho penal es el conjunto de leyes normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito y aspira a una coerción jurídica, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte

³ Díaz-Aranda, Enrique; Op. Cit, p. 3

⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. “*Derecho Penal Mexicano*”, 18ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998, p. 26

del autor. En el segundo sentido, el saber del derecho penal es el sistema de comprensión o de interpretación del derecho penal.⁵

Cabe aclarar saber de derecho penal es una característica inherente a cualquier ciencia, el derecho penal interpreta lo concerniente a la legislación penal. Cuando una ciencia interpreta da lugar a un sistema de comprensión de su objeto. La legislación penal se distingue de la restante legislación por asociar a la infracción penal (delito): la coerción penal, que consiste en la pena. La pena procura lograr que el autor no cometa nuevos delitos, en tanto que las restantes sanciones jurídicas tienen una finalidad primordialmente resarcitoria o reparadora.⁶

1.2 DELITO

La palabra delito, deriva del supino *delictum* del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo *de*, en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam* o *rectam viam*, dejar o abandonar el buen camino. De acuerdo con la idea anterior, todo aquel que comete un delito se aparta del buen camino, es decir, se aleja del Derecho.

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española define al delito como proveniente del vocablo latín *delicto*, que significa culpa, crimen, quebrantamiento de la ley; acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con una pena grave.⁷

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con una validez universal para todos los tiempos y lugares. Esto ya que el delito se encuentra íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, lo que resulta en que los hechos que unas veces han

⁵ Zaffaroni, Raúl, *“Manual de Derecho Penal”*, Editorial Cárdenas Editores. México Distrito Federal 1986. Págs.41 y 42

⁶ Ídem

⁷ Real Academia Española, t. I, Editorial Espasa Calpe, Madrid España, 1992; p. 478.

tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y por el contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos.

La primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena. El estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

Para los positivistas el delito tiene una esencia propia, afirman que tiene entidad por sí mismo y que cobra vida por una valoración de la mente: en resumen, que, acaso sin saberlo, buscan la noción esencial, metafísica, del delito como ente jurídico. El positivista Eusebio Gómez señala en su Tratado de Derecho Penal: *“La noción jurídica del delito tiene su origen y su fundamento en el concepto social que, acerca de este fenómeno, existe formado. La Ley Penal, cuando define el delito, lo hace sin atribuirle otro carácter que el de la trasgresión a sus normas, que es, en suma, lo que para ella significa.”*⁸

En opinión de Ignacio Villalobos una verdadera definición debe llevar consigo lo material y lo formal del Delito y que permita un concepto por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.⁹

Joseph Ortolán apunta que el delito es un hecho complejo: descomponiéndole por la sucesión de los acontecimientos y el encadenamiento de las ideas, que le componen y las consecuencias que se derivan, el orden metódico trata del agente o motivo activo del delito, del paciente o motivo pasivo del delito, el delito, producto, en cierto modo de esos dos factores las reparaciones y de las penas, consecuencias jurídicas del delito.¹⁰

⁸ Citado en Villalobos, Ignacio, *“Derecho Penal Mexicano”* 5ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1990, p.49.

⁹ Ibid. p. 56

¹⁰ Elzéar ORtolán, Joseph Louis, *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo I, traducción de Melquiades Pérez Rivas, Madrid España 1878, p. 27

Dicho autor precisa que en la comisión de un delito, existe un sujeto activo y un sujeto pasivo del mismo, dándose lugar a la imposición de una pena, como motivo de haber actuado contra lo que tutela el Derecho Penal.

Por su parte Carrara define al delito como una infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos.

Luis Jiménez de Asúa define al delito como un acto típico, antijurídico, imputable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.¹¹

El citado maestro en su definición ubica a los elementos conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, los cuales serán definidos como sigue:

Entendemos por conducta al comportamiento humano, voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito, la tipicidad es encuadrar la conducta al tipo penal, la antijuricidad significa la conducta que se dirige contra los bienes que protege el Derecho Penal, radica precisamente en contrariar lo establecido por la norma jurídica, la imputabilidad es la capacidad psíquica para entender los efectos de nuestra conducta en el Ámbito del Derecho Penal, la culpabilidad es la relación existente entre la voluntad y el conocimiento para intervenir en un hecho delictivo, la punibilidad es la amenaza del Estado de imponer una pena a quien cometa un delito.

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis, “*La Teoría Jurídica del Delito*”, Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958, p.19 y 20

Raúl Carrancá y Trujillo define al delito como la acción antijurídica, típica y culpable. Considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y a la punibilidad como una consecuencia y no elemento esencial del delito.¹²

Para el doctor Luis Rodríguez Manzanera, quien señala que hay una diferencia conceptual entre crimen y delito, el crimen, es la conducta antisocial, propiamente dicha; es un episodio que tiene un principio, un desarrollo y un fin y el delito, es la violación a una ley penal. La tradición criminológica latinoamericana nos ha llevado a usar más el término delito que el término crimen, ya que el término crimen tiene un origen anglosajón.¹³

Ahora bien, los diversos conceptos legales del delito expuestos en las leyes penales a través del tiempo han sido manifestados en los siguientes términos:

El Código Penal de 1871 establecía que el delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. De lo anterior se aprecia que este Código consideraba al delito como infracción y le daba a la acción y a la omisión, aspectos que se siguieron observando en el Código de 1931.

El Código Penal de 1929 señaló que el delito es la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal, lo que implicó una definición en el estilo contractualista de la ilustración, al afirmarse el concepto de la lesión al derecho, que contrasta con el contenido eminentemente positivista de este ordenamiento. Vemos que este ordenamiento jurídico, determina al delito como una lesión.

¹² Carrancá y Trujillo, Raúl Op. Cit. p. 24

¹³ Rodríguez Manzanera, Luis. "*Criminología*", Editorial Porrúa, México Distrito Federal 1996. p. 34.

Como definición legal o formal algunas legislaciones declaran: *“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”* y así lo hacía el Código penal para el Distrito Federal de 1931 que definía al delito en su artículo 7º.

“Art. 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

...”

Por su parte nuestro Código Penal Federal define al delito como sigue:

“Art. 7. delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerara que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

...”

A lo largo de la historia humana, estudiosos, investigadores, doctrinarios y jurisconsultos del Derecho, han tratado en múltiples ocasiones, mediante diversas teorías, explicar lo que se debe entender por aquel acto mediante el cual el hombre resquebraja las normas que con posterioridad ha pactado en sociedad, explicar el mundo de la delincuencia. Hoy en día, a esta conducta que sale de los patrones regulados legalmente recibe el nombre de delito.¹⁴

¹⁴ Brucet Anaya, Luis Alonso, *“El Crimen Organizado. (Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)”*, Editorial Porrúa, México 2001, p.5

El delito evoluciona junto a la sociedad en la que se genera y por tal razón tenemos la necesidad de entenderlo y analizar las formas en las que surge para poder definirlo como ha quedado expuesto a través de las diversas definiciones anteriormente proporcionadas ya que se encuentra entre nosotros y se desarrolla en el corazón mismo de la sociedad, como conclusión y para los fines de la presente, entenderemos al delito como una conducta la cual se sale de los esquemas establecidos por las normas jurídicas.

1.3 PRUEBA

La prueba, es el factor básico sobre el que gravita todo procedimiento; de esta dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin. El derecho civil, el derecho administrativo, el derecho del trabajo, el derecho internacional y en general todas las ramas del Derecho requieren para la realización de sus fines de un procedimiento determinado, en donde la prueba también es fundamental.

En la opinión de Sergio García Ramírez, forma el régimen de la prueba uno de los capítulos más sugerentes del Derecho Procesal.

La prueba, en amplio sentido, es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho, es la suma de los motivos que producen la certeza. En sentido lato es todo medio directo o indirecto de llegar al conocimiento de los hechos. Son estas las circunstancias sometidas a los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio.

En otros términos es pues la prueba los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho. Se entiende por prueba todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio

con el cual aquél termina. Será pues el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. Llamase también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para lograrlo.¹⁵

Ahora bien, en la prueba pueden distinguirse tres elementos:

- El medio de prueba;
- El órgano de prueba, y
- El objeto de prueba.

MEDIO DE PRUEBA

En términos generales, el medio de prueba “es el modo o el acto con el cual se suministra conocimiento sobre algo que se debe determinar en el proceso”, el medio de prueba es la prueba misma, es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto. La definición que antecede coloca al medio entre dos extremos, a saber: por una parte el objeto y por otra el conocimiento verdadero del mismo. Por objeto debe entenderse todo lo que puede ser motivo de conocimiento; conocimiento desde el punto de vista común y corriente, comprende el darse cuenta de algo, es decir llegar al conocimiento verdadero del objeto que motiva el conocimiento, así pues, el medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognoscente. Por lo tanto entenderemos que cuando hablamos de medios de prueba, estamos hablando de la prueba en sí, pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir la prueba existe por sí y al ser ofrecida o admitida dentro de un proceso adquiere el carácter de medio, no siendo medio de prueba sino solo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso.

ÓRGANO DE PRUEBA

¹⁵ García Ramírez, Sergio, “*Derecho Procesal Penal*”, Editorial Porrúa, México Distrito Federal 1974, p. 283 .

Órgano de prueba es la persona física portadora de un medio de prueba; en otras palabras “es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba”. De acuerdo con Manuel Rivera Silva la definición en términos generales es correcta, pero la exigencia didáctica obliga a modificarla ligeramente. Esto se refiere a que para un mejor entendimiento de este concepto, decimos que el órgano de prueba es la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, en su calidad de tal el conocimiento del objeto de la prueba, conocimiento del cual las partes se hacen valer para fijar su posición. Con esto soslayamos el problema consistente en averiguar si el juez, cuando se proporciona directamente el conocimiento del objeto de la prueba, es un órgano de prueba, pues en tanto que en nuestra definición se alude a una persona que suministre al órgano jurisdiccional el dato requerido, es imposible que el juez sea órgano de prueba, ya que para ser tal, debe ser individuo distinto del juez.¹⁶

OBJETO DE PRUEBA

Finalmente objeto de prueba “es lo que hay que determinar en el proceso”, el objeto puede ser considerado en abstracto o en concreto, si se le estima en abstracto, se plantea la materia general de la indagación; si se le estima en concreto, viene al caso lo que se debe o puede probar en torno a un proceso específicamente dado. Asimismo el objeto de prueba puede ser mediato e inmediato. El objeto mediato es el definido como lo que hay que probar en el proceso en general. El objeto inmediato se puede definir como lo que hay que determinar con cada prueba que en concreto se lleva al proceso. Para que el objeto de prueba se pueda estimar como tal en el proceso debe contener algo que se relacione con la verdad buscada en el proceso.

¹⁶ Rivera Silva, Manuel. “El Procedimiento Penal”. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999. p.181

1.4 TESTIGO

El diccionario de la real Academia Española define al testigo como: La persona que da testimonio de algo, o lo atestigua. En otra acepción también lo define como la persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo.¹⁷

La figura del testigo, ha sido utilizada desde tiempo inmemorial, para llegar al conocimiento de la verdad. En lo jurídico, y aun en la vida diaria, para conocer lo que se pretende, es necesario acudir a quienes se supone saben lo que se ignora, razón por la cual, no se prescinde de este tipo de informadores.

Como sabemos el testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que apercibió y de lo cual guarda recuerdo. Los elementos esenciales del testigo son: una percepción, una apercepción y un recuerdo, o sea, recibir una impresión por los sentidos, darse cuenta de esa impresión y guardar memoria de ella. La falta de cualquiera de los elementos señalados hace imposible la calidad del testigo.

En la materia que nos atañe el testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. El testigo en el proceso, es el que comparece a este para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con lo que se investiga. El testimonio es por tanto lo manifestado por el testigo, resultando así que el órgano de prueba es la persona física: el testigo, y el medio probatorio, lo manifestado: el testimonio.¹⁸

Para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto, esto es, la facultad de ser testigo en cualquier proceso, y la facultad de poder ser testigo en un proceso determinado.

¹⁷ Pagina Web http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=testigo

¹⁸ Rivera Silva, Manuel, Op. Cit., p.223

1.5 DELINCUENCIA ORGANIZADA

Delincuencia organizada es un término que se utiliza cotidianamente, pues es un fenómeno real que a lo largo de varias décadas se ha hecho presente y que sobretodo en los últimos tiempos ha cobrado una peculiar preocupación en escalas nacional e internacional.

La Real Academia Española, define como delincuencia, el conjunto de delitos, ya que en lo general o ya referidos a un país, época o especialidad en ellos.¹⁹

El Diccionario Jurídico Mexicano²⁰ comprende por delincuencia al conjunto de delitos observables en un grupo social determinado y en un momento histórico dado. La delincuencia puede ser entonces vista como un problema macrosocial, en ocasiones visualizado con la voz criminalidad, bajo el enfoque de englobar las conductas no solo individuales sino colectivas.²¹

Respecto a la palabra organizar la Real Academia Española la define como Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados.²²

Resulta un tanto complicado encontrar una definición aceptada de lo que significa delincuencia organizada, algunos países ya han tipificado esta conducta como delictiva, otros prohíben actividades inherentes a ella; algunos más formulan conceptos del crimen organizado para resolver cuestiones procesales, y otros tantos han adoptado conjuntamente las diversas soluciones mencionadas, a

¹⁹ Pagina Web http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=delincuencia

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1988, p. 567

²¹ Brucet Anaya, Luis Alonso, Op. Cit., p.31

²² Pagina Web http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=organizada

continuación enunciaremos autores quienes han intentado dar una conceptualización de esta figura:

Moisés Moreno Hernández²³ señala que *el crimen organizado ha sido conceptualizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez.*

Para Álvaro Bunster Briseño²⁴ por delincuencia organizada se entiende *la reiteración de acciones delictivas enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación de mercados de bienes y servicios, efectuados por grupos de personas dispuestas en una estructura jerárquica, dotada al efecto de recursos materiales y de redes especialmente limitadas de operación.*

Por su parte Fernando Gómez Mont²⁵ señala que *la delincuencia organizada debe orientarse entre otros tipos por los siguientes criterios: el carácter permanente de sus actividades delictivas, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en su organización, que su finalidad asociativa consiste en cometer delitos que afecten bienes jurídicos fundamentalmente de los individuos y la colectividad y que a su vez alteren seriamente la colectividad y que a su vez alteren seriamente la salud o la seguridad pública.*

Eduardo Andrade Sánchez²⁶ define por su parte al crimen organizado como *la asociación de individuos o de grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanente, que se perpetúa por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios monetarios o*

²³ Moreno Hernández, Moisés, “*La delincuencia organizada*”, ponencia en el marco de la Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico, PGR, México, 1993, p.187

²⁴ “*La procuración de Justicia, problemas, retos y perspectivas*”, PGR, México, 1993, p.387

²⁵ “*La procuración de Justicia, problemas, retos y perspectivas*”, PGR, México, 1993, p.401

²⁶ Andrade Sánchez, Eduardo, “*Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado*” Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM y Senado de la República, LVI Legislatura, México. 1996, p.57

comerciales, empleando de manera parcial o total los medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas.

Genaro David Góngora Pimentel y Alejandro Santoyo Castro²⁷ definen a la delincuencia organizada como *un fenómeno delictivo en el que la criminalidad improvisada se moderniza y perfecciona en cuanto a su estructura y forma de operación, para mostrar mayor eficacia frente a los medios de control estatal, en los diversos ordenes (federales, locales y municipales); así, algunos individuos y grupos dedicados al crimen organizado evolucionan en cuanto a la eficacia para cometer delitos, que en general resultan ser de fuerte repercusión social, ya sea en términos de la violencia con que se ejecutan, por las pérdidas económicas que conllevan al Estado o por cualquier otra característica que genere inseguridad en el ánimo de la sociedad.*

Por lo que respecta al Derecho positivo mexicano, en su artículo 2º, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, señala: *“Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada...”*.

De la lectura de este artículo podemos concluir que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no proporciona tal cual una definición de delincuencia organizada, solo establece en qué casos se constituye y es considerada una persona como miembro de ella, es decir, la delincuencia organizada reviste ciertos aspectos, que un grupo de personas -tres o más- con el objeto de cometer de manera constante o repetidamente alguno de los delitos determinados por el artículo en mención serán sancionadas por ese solo hecho como miembros de la

²⁷ Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *“Crimen Organizado. Realidad Jurídica y Herramientas de Investigación”*, México, Porrúa, 2010, p. 27

delincuencia organizada, observamos entonces que de acuerdo con este artículo 2º basta con que los sujetos lleguen a un acuerdo delictuoso para que incurran en el ilícito de delincuencia organizada independientemente de que continúen o abandonen su proyecto delictivo.

En su exposición de motivos la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada expresa que la doctrina concibe al crimen organizado como “una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, siendo sus acciones resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazos, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar más oportunidades de dinero y poder real”. El proyecto de este ordenamiento también manifestó que las disposiciones consultadas atendían a la “finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación”.

Como conclusión y después del análisis que hemos realizado podemos exponer que la delincuencia organizada es entonces un fenómeno delictivo, en el cual la criminalidad se moderniza, tiene un carácter lucrativo, y un alto grado de complejidad en su organización, la cual cuenta generalmente con una estructura jerárquica y a la cual la ley le da tal carácter al contar con un mínimo de tres personas que tiene como finalidad realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, las cuales tienen como resultado cometer alguno o algunos de los delitos contemplados por la misma.

1.5.1 SU REGULACIÓN

a) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

A continuación haremos mención a la forma en que la constitución hace referencia a la delincuencia organizada como soporte al análisis del tema que nos ocupa:

Entre las medidas político-criminales que se introdujeron a la constitución con las reforma en el año 2008, en relación con la delincuencia organizada y que son de importancia para el desarrollo del tema que nos ocupa destacan las siguientes:

-Se difundió a nivel constitucional lo que es la delincuencia organizada

El párrafo noveno del artículo 16 constitucional señala;

Art. 16...

...

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

Observamos que el texto constitucional no nos otorga tal cual una definición de delincuencia organizada, simplemente se restringe a describir lo que será considerado como delincuencia organizada “*siendo entonces una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada*” y elimina lo que en antaño se denominaba el simple acuerdo de organizarse para cometer ciertos delitos, que implicaba sancionar por una conducta que en sí misma no era un hecho delictivo, toda vez que no se materializaba.

-Se otorgó al Congreso de la Unión la *facultad de legislar en materia de delincuencia organizada*, así como la de legislar sobre bases de coordinación entre las instituciones de seguridad pública. (artículo 16)

-La autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en *reserva el nombre y datos del acusador*. (artículo 20 B, III)

-Beneficios al inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada. (artículo 20 B, III)

b) LEY FEDERAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Las leyes especiales surgen de una necesidad de crear un instrumento para controlar, perseguir y sancionar a aquellos delincuentes que salen de los parámetros de lo común, actualmente el principal instrumento jurídico con el que contamos para enfrentar a la delincuencia organizada es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de noviembre de 1996, de acuerdo a su artículo 1º su objeto consiste en *“...establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada”*.

Para Sergio García Ramírez dicho instrumento no constituye apenas una ley penal especial, como tantas otras, sino erige un orden penal especial, al lado del régimen ordinario. Señala que esta situación atiende a la mejor posibilidad de mantener en pie las instituciones penales ortodoxas, sin perjuicio de incorporar modificaciones –relativamente menores- que no alteren el sistema general del Derecho mexicano y al mismo tiempo permitan resolver con eficacia los nuevos problemas que la realidad plantea.

Pero por que se crea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada?

Para Luis Brucet Anaya a esta pregunta se le pueden dar tres respuestas: la primera es que la idea original proviene de un hombre llamado Samuel González Ruiz, quien cuando fungía como Coordinador de Asesores del entonces Procurador General de la Republica, el Licenciado Antonio Lozano García, el

Doctor Samuel le planteo al Procurador Lozano la necesidad de que México tuviera un ordenamiento jurídico que regulara el incremento del índice delictivo, específicamente el derivado de la organización delictiva, convirtiéndose así en el precursor institucional de este ámbito.

A la par de la proposición planteada por el Doctor Samuel Gonzalez Ruiz, como segunda respuesta es que imperaba, dentro de la esfera de algunos prestigiados penalistas, la gran necesidad de contar con una herramienta, eficiente, y acorde con las pretensiones, que estaban imperantes en el mundo y que demandaba la sociedad para hacer frente al problema, letal circunstancias, de los delincuentes que se organizaban para delinquir.

La tercera contestación tiene un sustento ideológico, un tanto filosófico. Se parte primeramente por adentrarse a definir lo que es el derecho, y por él, genéricamente, entendemos al conjunto de normas que van a regular la conducta de los individuos en sociedad. A la afectación de estas normas, que importen Derechos y Deberes, recae una sanción, constituida en la aplicación de una pena reconocida a esta como una derivación de la justicia.²⁸

Continuando con nuestro análisis, observamos que por su parte el artículo segundo de esta ley señala:

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

²⁸ Brucet Anaya, Luis Alonso, Op. Cit., Pp. 329-330

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 Y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

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

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

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

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para

resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y

Sancionar la Trata de Personas, y

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y

Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

El concepto que aparece en la Ley sobre delincuencia organizada no es una definición propiamente dicha, puesto que no da exactamente una explicación de lo que se debe comprender por esta, sino mas bien describe tácitamente cuáles son los actos ilícitos en los que se debe ubicar, dentro de un marco específico, la actuación y ámbito de los que forman parte de la delincuencia organizada.

Observamos que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, prevé que para ser integrante de la delincuencia organizada, se debe pertenecer a una asociación o banda formada por tres o más personas, asimismo observamos que el tipo penal del delincuencia organizada es de los tipos que podemos considerar como autónomos, en donde el delito se consuma aunque la conducta de los sujetos no produzca la comisión de algún otro delito.

c) TRATADOS INTERNACIONALES

A partir de la década de los ochenta del siglo XX se han creado en el ámbito internacional distintos instrumentos internacionales que tienen como objeto de estudio el Derecho Penal.

Se puede dividir a estos instrumentos en dos: un derecho internacional penal que estaría compuesto por instrumentos que regulan fundamentalmente a los estados en la elaboración de las normas internacionales como la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico de drogas, y la Convención de Palermo del año 2000; además de las normativas europea y latinoamericana sobre la materia; y los diversos tratados contra el terrorismo que establecen delitos.

También existe un derecho penal internacional, representado principalmente por el Convenio de Roma, cuya característica central es establecer, por primera vez delitos directamente aplicables a los ciudadanos que serán aplicados por un tribunal internacional, como el Tribunal Penal Internacional de la Haya.

Los instrumentos del derecho internacional penal contienen dos partes fundamentales. En una se regulan las obligaciones de los Estados para establecer normas penales que criminalizan ciertas conductas, y pueden ser definidas como obligaciones contractuales internacionales para establecer regulaciones penales nacionales, en aspectos sustantivos (tipos penales) y adjetivos (procedimiento penal, métodos y técnicas de investigación). Se busca con ello armonizar las diversas legislaciones nacionales con objeto de que se puedan combatir fenómenos criminales que tienen presencia en los países del mundo o que buscan prevenir que éstos se presenten.

En la otra se regulan las relaciones de colaboración de los Estados en materia penal, estableciendo los procedimientos para extradición, asistencia judicial mutua, colaboración policial internacional, etc.

CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988 CONTRA EL TRÁFICO DE DROGAS

En su ponencia *“Hacia una nueva dogmática de los delitos de autor colectivo en el Derecho Internacional Penal”*, Samuel González Ruiz, César Antonio Prieto Palma y José Luis Santiago Vasconcelos apuntan que se puede afirmar que la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de drogas, es el parteaguas en la nueva visión de los instrumentos internacionales ya que sentó las bases de una estructura del derecho internacional penal de manera más clara.

Esta convención tiene como propósito, **promover la cooperación entre las Partes** a fin de que se pudiera hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con una dimensión internacional y así mismo **señala la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales** para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito.

Este instrumento tiene jurisdicción casi universal ya que ha sido ratificado por 167 países y entró en vigor el 11 de noviembre de 1990, una vez que fue alcanzado el número 20 de ratificaciones y adhesiones. El proceso desarrollado a partir de ese momento lleva hasta la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en adelante, Convención de Palermo. Esta Convención ha sido firmada por 142 países, y ratificada por 78 Estados parte. Podemos afirmar que este instrumento tiene soporte político de la mayoría de los países de la comunidad internacional.

Las relaciones entre los instrumentos anteriormente citados son estrechas y casi podemos afirmar que se trata de una sola o única evolución. Ambas Convenciones tienen una gran cantidad de instituciones comunes. Sin embargo, mientras la de Viena se refiere principalmente a las drogas y a delitos relacionados con drogas, la de Palermo amplía su marco a todo delito grave (cuatro años o más de pena mínima) cometido por tres o más personas.²⁹

La Convención de Viena, contiene figuras colectivas que deben ser analizadas. En efecto, en el artículo tres correspondiente a delitos y sanciones, describe las conductas que deben ser tipificadas en los ordenamientos internos por los Estado parte, la mayoría relacionados con estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Con la suscripción, adhesión y ratificación de nuestro país a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena, Austria, el 10 de diciembre de 1988, México además de comprometerse a establecer medidas necesarias para salvaguardar la seguridad del país, se ve obligado a **formular un conjunto de medias de política criminal**, para enfrentar directa e indirectamente a todas aquellas actividades ilícitas que de una manera u otra intentaran desestabilizar la seguridad jurídica del país.

Los autores de mérito detallan que la Convención de Viena de 1988, utiliza el concepto de banda armada como una de las agravantes posibles frente a los delitos de narcotráfico, en algunas legislaciones como la española que de manera extraordinariamente amplía desarrolló la figura delictiva independiente de banda armada, en sus artículos 368 al 377 del Código Penal Español y las respectivas modificaciones a la Ley de enjuiciamiento criminal a fin de perfeccionar la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas

²⁹ González Ruiz, Samuel; Prieto Palma, César Antonio y Santiago Vasconcelos, José Luis. Ponencia "Hacia una nueva dogmática de los delitos de autor colectivo en el Derecho Internacional Penal". Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada. ITAM. México Distrito Federal 2005. P. 20 y 21.

graves incluyendo un nuevo artículo, el 282 bis, que incluye el enjuiciamiento criminal que estipula diversas formas de investigación relacionadas con la delincuencia organizada.

La Convención de Viena también señala como agravante el delito cometido en grupo organizado. En la legislación mexicana sobre narcotráfico en su artículo 193, las conductas relacionadas con la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcotráfico también son sancionadas las acciones cometidas por la participación en grupo en esas actividades.

El artículo tercero de la Convención relacionado con delitos y sanciones, obliga a que los Estados parte adopten las medidas necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente; en el numeral 1.a).V que a la letra dice: "La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados, el sujeto principal de esta disposición son los dirigentes de los traficantes de drogas buscando penalizar estas actividades en las que radica el potencial de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas. Las palabras "organización" y "gestión", que no son definidas por la Convención describen las actividades en las que participan la delincuencia organizada pero se mantienen alejadas de toda manifestación directa en el tráfico ilícito". Como vemos, los Estados parte manifestaron preocupación por los dirigentes y demás individuos que desde una cierta posición realizan actividades de mando pero que en ningún momento están en contacto directo con las sustancias u objetos del delito.³⁰

Asimismo, en el párrafo 1.b) i) obliga a los Estados a tipificar la conversión (o transferencia de bienes) a sabiendas de que tales proceden de delitos tipificados de conformidad con la Convención o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a

³⁰ Ídem. Págs. 21 y 22.

eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. Estas disposiciones atacan directamente al blanqueo de dinero imponiendo la obligación de que los Estados parte tipifiquen este delito en sus legislaciones.

Como se observa; el delito abarca sólo la conducta de "se cometan intencionalmente". Sin embargo, es conveniente aclarar que en la mayoría de las ocasiones, el delito de blanqueo de dinero es realizado "intencionalmente" mediante el uso de personas o instituciones que pueden conocer o no el objeto o intención del individuo, que en realidad el que esta realizando la transferencia de los bienes ilícitos a lícitos (reciclaje) es una persona distinta a la que tiene la intención de hacerlo quedando así de acuerdo a la tipificación de esta Convención solamente aquellos sujetos a quienes se les compruebe la "intención".

CONVENCION CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Esta Convención celebrada en diciembre de 2000, en Palermo Italia, viene a representar el documento internacional más importante del orbe para el combate de la delincuencia organizada y tiene el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El origen o antecedente más inmediato del tipo penal de delincuencia organizada, surge en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Organizada, documento que proponía el establecimiento de normas penales en el que se tipificara la conducta delictiva ocasionada por la participación de delincuentes bajo estructuras de asociaciones o en supuestos de conspiraciones para delinquir.

En la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada celebrada del 21 al 23 de noviembre de 1994 realizada en Nápoles, Italia se aprobó la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles

contra la Delincuencia Transnacional Organizada que señala “*De ser necesario, los Estados deberán considerar la promulgación de normas penales para tipificar como delito la participación en asociaciones o en conspiraciones para delinquir...*”

Dicho instrumento sirvió como punto de partida ya que posteriormente se constituyó la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional, México igual que otros países, concibe a esta Convención como un instrumento de cooperación internacional complementario y no derogatorio de otros tratados bilaterales o regionales en estas materias.

A través del citado instrumento, **se busca dotar a los estados miembros, de una amplio marco jurídico para combatir a la delincuencia organizada**, incluyendo instrumentos como, la extradición y asistencia jurídica en materia penal, nuevos métodos y técnicas de investigaciones especiales, aseguramiento y posterior decomiso de los bienes instrumentos o productos del delito y la posibilidad de que estos sean compartidos con otros estados, el compromiso de los estados para analizar la posibilidad de realizar investigaciones conjuntas con pleno respeto a la soberanía, **protección de víctimas y testigos**, la asistencia técnica y capacitación del personal, todas las figuras jurídicas fundamentales y necesarias en un marco legal contra la delincuencia.

La Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue suscrita el 13 de diciembre del año 2000 por los Estados Unidos Mexicanos como miembro de la organización de las Naciones Unidas, y a partir de este momento el Estado mexicano se comprometió a establecer los mecanismos jurídicos y sociales necesarios en la nación para preparar el terreno de adopción del tratado denominado Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores el 22 de octubre de 2002, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 2 de diciembre siguiente.

México depositó el instrumento de ratificación de la citada Convención y sus protocolos adicionales ante el Secretario General de Naciones Unidas, el 4 de marzo del 2003 y entro en vigor el 11 de abril del mismo año en que se publicó.

Dentro de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada se da una definición estipulativa de lo que es un grupo de delincuencia organizada con los siguientes elementos:

- *es un grupo de tres o más personas,
- *estructurado, lo que significa que no es un mero agregado de personas, ni una reunión, tampoco se trata de un grupo necesariamente jerárquico sino de una estructura organizativa no aleatoria;
- *que se extiende durante cierto tiempo,
- *que comete delitos graves es decir delitos cuya pena máxima es de cuatro años o más.
- *que tiene por fin obtener un beneficio económico, es decir se considera el ánimo de lucro principal de las organizaciones delictivas y la manera de hacerlo puede ser directa o indirectamente.

Debemos recordar que hasta antes de la existencia de esta definición de grupo delictivo organizado no existía un acuerdo internacional al respecto y se discutían las características de la delincuencia organizada. Por ejemplo, la Unión Europea había definido lo que era delincuencia organizada basándose en 10 características de las cuales era necesario tener al menos seis, para considerar que era delincuencia organizada. Se trataba de una definición funcional.

Aunque la naturaleza de la definición de grupo delictivo organizado que contiene la Convención de Palermo es estipulativa, es decir una definición que no considera el uso en la comunidad lingüística jurídica o criminológica, sino que define taxativamente, podemos afirmar que tendrá muchas consecuencias

pragmáticas importantes. Será sin duda incorporada paulatinamente en diversas legislaciones.

Es importante subrayar que la Convención de Palermo no requiere a los países miembros que tengan una definición idéntica de lo que es delito grave (delito de cuatro o más años en su pena máxima).

¿Cómo evoluciona la antigua figura de la asociación para delinquir del derecho penal francés hacia la figura del tipo penal específico de delincuencia organizada? Tiene que ver con la historia de la evolución de la ley RICO, y de la ley Rognioni la Torre que ya hemos comentado. La principal característica del tipo penal de delincuencia organizada es que es un delito autónomo mientras que la asociación para delinquir es un delito asociado, no puede darse sin que exista el delito predicado. Por otra parte, cabe señalar que la asociación ilícita apareció en el código penal mexicano desde hace décadas.

Se han analizado ya en diversos foros las distintas posturas de autores acerca de la dogmática penal respecto de los delitos de delincuencia organizada. La teoría penal contemporánea no alcanza a tener fuerza explicativa suficiente sobre actores y partícipes en delincuencia organizada; y es que el punto de vista tradicional del derecho penal es que los autores y partícipes lo son por una responsabilidad individual, en un mundo donde la mayoría de los delitos tiene que ver con acciones individuales que comenten el ilícito penal.

En términos generales, no hay una responsabilidad penal colectiva. Todos los principios del derecho penal individual determinan la responsabilidad de las personas no teniendo en cuenta las características de las organizaciones criminales. Por esto, es muy complicado fundar la responsabilidad en una organización cuando los autores son mediáticos y fungibles. ¿Cómo podemos establecer un nuevo paradigma de la responsabilidad penal en autores que coparticipan conjuntamente, a la luz de los principios del derecho penal?

Para hacer esto tenemos que considerar que toda norma tiene dos puntos de vista. El punto de vista de la realidad y el punto de vista de la norma, considerando que esta última es siempre un criterio de interpretación. Solamente desde una teoría que introduzca elementos evolutivos de cambio y por lo tanto la construcción de nuevos paradigmas es posible determinar la relación de norma y realidad. Hoy están incluidos los delitos de autor colectivos tanto en el derecho internacional penal como en leyes penales y el problema central tiene que ver con la perspectiva, es, la diferencia entre observar un bosque y poder observar un árbol. El bosque está compuesto de árboles pero ¿cuántos árboles forman un bosque? La respuesta es o depende del punto de vista desde el cual se ve el asunto.

Si clasificamos a los actos criminales, desde el punto de vista de los fenómenos colectivos podemos determinar que puede tratarse de un acto criminal único aquel que sólo es cometido una vez, por ejemplo: un homicidio. Desde los actos repetitivos, hasta alcanzar un patrón de actos criminales. Por parte de los autores y partícipes; éstos pueden ser considerados de manera simple o colectiva, mediata y de coautoría o bien dentro de una organización que tiene los mismos fines e intereses criminales. Como se ve existen dos parámetros o dimensiones que estamos utilizando una se refiere al universo de los actos y el otro se refiere al universo de los autores; las posibilidades son las siguientes: acto simple cometido por un solo autor; acto simple cometido por un autor colectivo, por ejemplo: robo en banda. Luego entonces, no existen los actos simples dentro de una organización criminal.

También hay actos repetitivos cometidos por un autor individual, por ejemplo, el robo continuado cometido por un solo cajero en un banco o actos repetitivos cometidos por un autor colectivo por ejemplo: robo cometido por un cajero y su supervisor. Actos repetitivos cometidos por una organización criminal es el caso limite, por ejemplo: organización criminal que es detenida inmediatamente después de organizarse. Patrón de actividad criminal cometido

por un autor simple, tiene que ser un sujeto que ha robado durante los últimos años en una organización lícita, banco por ejemplo; luego hay un patrón relacionado con un grupo delictivo pero la liga entre patrón de acto criminal y organización criminal genera organizaciones típicas como la mafia.

Debemos reiterar que la delincuencia organizada como modelo típico contenida en la Convención de Palermo no es y puede ser considerada como un delito en blanco. Estos son delitos cuyo tipo penal es tan abierto que cabe prácticamente cualquier conducta. Este no es ni puede ser el caso en los delitos de delincuencia organizada, ya que por la estructura lógica de los delitos de esta naturaleza no existen nuevas conductas, el ámbito de lo ilícito continua sin alterarse y los delitos de delincuencia organizada reflejan una nueva sistemática sin alterar el ámbito de lo prohibido. El artículo 5 de la Convención de Palermo contiene dos fórmulas para sancionar la delincuencia organizada. Por un lado, *la conspiración o el acuerdo de dos o más delitos de delincuencia organizada* y por el otro, *la participación o membresía de ésta*. Ambos tienen formas lógicas distintas. La conspiración, para cometer delitos es utilizada fundamentalmente en el derecho del common law y deriva de los modelos de delito político en los que derrocar al monarca eran penados. El tipo penal de conspiración existe en el artículo 141 del Código Penal Federal mexicano, que a la letra dice:

“Art. 141.- se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.”

En opinión de los citados investigadores este modelo inicial de conspiración contra el monarca, fue transformado para abarcar distintas formas de sanción y hoy es principalmente utilizado en el derecho penal norteamericano y en otros derechos del common law. La conspiración presupone un solo plano de análisis

lógico. La teoría norteamericana lo califica como un delito no terminado *inchoated crime*, y tiene la misma naturaleza que la tentativa o la *solitiation*. Por ejemplo, pedir un cohecho. Desde el plano lógico los tres delitos son monoplanos. No se puede sancionar la conspiración y el delito terminado y se dice, entonces, que la conspiración es una forma imperfecta del delito.

En la forma estadounidense y para evitar injusticias se exige no solamente que se deba probar el acuerdo sino también y por seguridad un acto posterior que se denomina *Ower Act*. Por ejemplo, si A y B se ponen de acuerdo para transportar droga sólo pueden ser sancionados si realizan un acto posterior al acuerdo, aunque sea lícito, como puede ser la renta de una bodega para almacenar droga. La conspiración puede ser en los países del *common law* incorporada en distintos países de tradición continental como Francia, España, Chile y otros más.

Sin embargo, en la experiencia de los autores cuando en dichos países se ha preguntado si han utilizado esta figura criminal como forma de acusación en la práctica no se utiliza. La razón es que sirve más como elemento teórico que permite la doble incriminación en las extradiciones o en otros mecanismos de colaboración internacional que en la práctica cotidiana de los operadores de la justicia.³¹

1.6 LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

La figura del Ministerio Público ha sido pieza fundamental del proceso penal moderno, hoy día constituye particularmente en México, un instrumento toral del procedimiento incumbiéndole dos actividades fundamentales a saber: la averiguación previa (anterior al proceso penal), y en el proceso penal, el M.P.

³¹ González Ruiz, Samuel; Prieto Palma, César Antonio y Santiago Vasconcelos, José Luis. Ponencia. Op. Cit. Págs. 26 y 27.

asume, monopolísticamente o no el ejercicio de la acción penal (o acusación dicho sea en términos convencionales) en nombre del Estado.

Respecto a la evolución, el origen y caracteres del M.P. “participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes”.

El M.P. es el órgano del poder público que surge con la misión de investigar los delitos y promover la sanción de estos ante los tribunales, el M.P. contemporáneo aparece, propiamente, durante la Revolución francesa y en la legislación napoleónica. De ahí proviene el actual nombre de esta institución, a partir de la designación *Ministere Public*.

El M.P. mexicano tiene diversas raíces, entre ellas en primer lugar se localiza el promotor fiscal de la Colonia, el calificativo de “fiscal” procede de la época en que estos funcionarios debían cuidar los intereses económicos del sobreaño: el fisco, en las raíces de la institución se halla también el anteriormente citado *Ministere Public* francés, el *Attorney* general del Derecho norteamericano y acaso también la *Procuraduría* del Derecho soviético, es de este múltiple origen que proviene el M.P. nacional.

El M.P. tuvo una importancia procesal relativamente secundaria antes de 1917. No apareció en la Constitución de 1857, sino hasta las reformas de 1900, en cambio, en la Carta de 1917 adquirió notable relevancia, Carranza sostuvo la necesidad de separar radicalmente las funciones de investigación de los delitos, por una parte, y de procesamiento de los responsables, por la otra. Aquella debía corresponder exclusivamente al M.P.

En nuestro país el M.P. está integrado en las Procuradurías Generales de Justicia, esto es, en la Procuraduría General de la Republica (Ministerio Público federal), la Procuraduría General de Justicia del Distrito federal(Ministerio Público

del fuero común de la ciudad de México), la Procuraduría General de Justicia Militar (Ministerio Público del fuero militar, para delitos de este carácter, cometidos por militares) y las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados (Ministerio Público del fuero común de las entidades federativas).

El art. 102 Constitucional organiza al M.P. de la Federación, presidido por el Procurador General de la República, este funcionario tiene varias y trascendentales atribuciones, además de las penales; lo mismo ocurre con el Ministerio Público que de él depende, entre otras cuestiones el apartado A de dicho artículo también señala:

“A. ...

... incumbe al ministerio público de la federación, la persecución, ante los tribunales, de todas los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”

1.7 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con su página de internet la Procuraduría General de la República es una institución ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, la cual tiene entre otras facultades la investigación de los delitos de orden federal, así como su seguimiento ante los tribunales de la federación.

El artículo 10º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República organiza a la Procuraduría de la siguiente forma:

“Art. 10. Para el despacho de los asuntos que competen a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público de la Federación conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el presente ordenamiento y demás disposiciones aplicables, el Procurador General de la República se auxiliará de:

I. Subprocuradores;

II. Oficial Mayor;

III. Visitador General;

IV. Coordinadores;

V. Titulares de unidades especializadas;

VI. Directores generales;

VII. Delegados;

VIII. Titulares de órganos desconcentrados;

IX. Agregados;

X. Agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la Policía Federal Ministerial, oficiales ministeriales, visitadores y peritos, y

XI. Directores, subdirectores, subagregados, jefes de departamento, titulares de órganos y unidades técnicos y administrativos, centrales y desconcentrados, y demás servidores públicos que establezca el reglamento de esta ley y otras disposiciones aplicables.”

Como se observa, a la cabeza de esta institución de esta institución es el Procurador, quien desempeña el mando unitario sobre el cuerpo y presidirá al Ministerio Público de la Federación, al Procurador siguen los Subprocuradores,

Primero y Segundo, entre cuyas funciones principales se halla, además de auxiliar al Procurador para el despacho de los asuntos de la institución, revisar los dictámenes correspondientes a los casos de no ejercicio de la acción penal, desistimiento de ésta, formulación de conclusiones inacusatorias o insuficiencia ilegalidad o contrariedad de las conclusiones con las constancias procesales. El Oficial Mayor funcionario instituido por la ley de 1974, tiene a su cargo, esencialmente tareas de carácter administrativo.

La actuación de la Procuraduría General de la República no se restringe exclusivamente a los delitos contra la salud, le compete además toda la gama de ilícitos penales federales como los derivados de la delincuencia organizada, entre otros.

1.8 SUBPROCURADURÍA DE INVESTIGACIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA

En su artículo 2º el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría Federal de la República establece:

*“Art 2. Para el cumplimiento de los asuntos de la competencia de la Procuraduría, de su Titular y del Ministerio Público de la Federación, **contará con las unidades administrativas y órganos desconcentrados siguientes:***

...

III. Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada;

...”

Por otra parte en su artículo 15º se le define como sigue:

*“Art 15. La Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada es la **unidad especializada** a que se refiere el artículo 8º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y ejercerá las facultades que dicho ordenamiento le confiere.*

*Esta Subprocuraduría **contará con Unidades Especializadas y un cuerpo técnico de control** que ejercerá las funciones a que se refiere el artículo 8º, párrafo segundo, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.”*

Ahora bien en su artículo 8º la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada hace referencia a esta de la siguiente forma:

“Art 8. La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos.

La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificará la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar; así como sobre

la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establecerá los perfiles y requisitos que deberán satisfacer los servidores públicos que conformen a la unidad especializada, para asegurar un alto nivel profesional de acuerdo a las atribuciones que les confiere esta Ley.

Siempre que en esta Ley se mencione al Ministerio Público de la Federación, se entenderá que se refiere a aquéllos que pertenecen a la unidad especializada que este artículo establece.

En caso necesario, el titular de esta unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la Administración Pública Federal o entidades federativas.”

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRUEBA

2.1 CONCEPTO DE PRUEBA

Etimológicamente el termino prueba deriva de probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende, así como también la palabra probandum que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, prueba es *la acción y efecto de probar, de demostrar; también le define como razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o*

*falsedad de algo. En otra acepción se señala que es el indicio, seña o muestra que se da de algo, o como el ensayo o experiencia que se hace de algo, para saber cómo resultara en su forma definitiva. En derecho, dice dicho diccionario que es una justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.*³²

Existen infinidad de opiniones sobre la noción de prueba expresadas por diversos autores, para Ovalle Favela es considerada como la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso, sin embargo consideramos que esta definición es poco clara en su intento de dar una definición para entender a la prueba.³³

De acuerdo con Emiliano Sandoval Delgado, la expresión “prueba”, en el lenguaje procesal considerada en sentido amplio, tiene cuatro significados fundamentales, de acuerdo con él, la prueba puede significar *lo que se quiere probar, es decir, **el objeto de la prueba**, que es todo lo que puede probarse para fines procesales; la actividad destinada para ello, **entendida como la actividad probatoria**; el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso, esto es, **el medio de prueba** que es el procedimiento determinado por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso; o por último, el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad, **el elemento de prueba** o prueba propiamente dicha, la cual es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva; y el resultado convencional de su valoración.*

Por su parte, Eduardo Couture señala que “los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso”; por lo tanto, en su sentido

³² Página Web http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prueba

³³ Ovalle Favela, José, “*Teoría general del proceso*”; México, edit. Harla, 1991, p.305

procesal, la prueba “es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”.

Llegar a la verdad a través de normas procesales objetivas supone determinar, por medio de las pruebas, la motivación que permite al juzgador conocer en el presente la comisión del delito y, en consecuencia, el sentido de la sentencia. La prueba busca el cercioramiento en el Juez, de los hechos controvertidos, para estar en condiciones de dictar la sentencia correspondiente.

La prueba reconstruye la realidad pretérita en la que se produjo un hecho y conduce a la verdad histórica. Nosotros entenderemos a la prueba como todo medio pertinente y suficiente para encontrar la verdad histórica del evento criminal que se busca y lograr convencimiento en el órgano jurisdiccional.

Para Juan José González Bustamante, la prueba en el procedimiento es susceptible de tomarse en dos acepciones: uno, que consiste en “los medios empleados por las partes para llevar el ánimo del juez a la convicción de la existencia de un hecho”, es decir, a lo que llama prueba es al objeto que persiguen las partes para obtener el convencimiento en un determinado asunto. Y el segundo, que “comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a su decisión”.³⁴

Nos dice Fernando Arilla Baz, que por prueba en el proceso penal, entendemos: “el conjunto de medios empleados por las partes para llevar al ánimo del juez la certeza de la existencia de un hecho. Esta certeza, es el resultado un raciocinio”.³⁵

³⁴ González Bustamante, Juan José, “*Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*”, Editorial Porrúa, 9ª edición, México, p.332

³⁵ Arilla Baz, Fernando, “*El procedimiento Penal Mexicano*, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México, P. 101

No hay procedimientos probatorios sin trampas ni peligros, hasta los casos que parecen claros entrañan el riesgo de error, es por eso que en la tarea de probar, fácilmente se rebasan los límites de la justicia y la injusticia, todo fallo ha de basarse en comprobaciones, debiendo dar por comprobados ciertos hechos y así poder, con base en la apreciación de pruebas, apoyar en ellos el fallo de una sentencia. La prueba es uno de los elementos más importantes del derecho procesal, ya que su justificación se debe a su esencia: la justicia.

Podemos concluir entonces que la prueba tiene una finalidad específica, la cual va encaminada a comprobar lo que se afirma, con el objetivo preciso como se ha establecido en esta idea, de crear en el juzgador un convencimiento de haber adquirido la verdad, para lograr emitir una valoración definitiva, la decisión jurisdiccional requiere tener una certeza, la misma va a obtenerse como resultado de un juicio y dentro de este es de suma importancia contar con las pruebas que le permitan al juzgador conocer la verdad.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DE PRUEBA

Reuniendo idealmente los momentos generales sintomáticos que nos pueden suministrar los testimonios históricos, las formas arcaicas de las pruebas se nos presentan impregnadas de superstición mística o religiosa, en los pueblos primitivos, la magia en sus diversas formas constituyó el medio probatorio por excelencia, y su heredera directa fue la adivinación que se practicaba por medio de los oráculos, arúspices y agoreros, en sus más diversas modalidades, nos encontramos entonces que al inicio domino la mística y la divinidad.

Posteriormente se entra en un periodo en que la fuerza arrancaba la verdad y con la violencia de la tortura se obtenía la confesión del acusado.

En el derecho prehispánico debido a las diversas agrupaciones gobernadas por distintos sistemas de pobladores del Anahuac, las normas jurídicas eran

distintas y los pueblos estaban sujetos a señores particulares, este derecho era consuetudinario, las leyes no estaban escritas y se perpetuaban en la memoria de los hombres; en el derecho azteca, el Emperador era quien conjuntamente con el Consejo Supremo de Gobierno, era el que juzgaba y ejecutaba las sentencias, en materia de prueba existían ya el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental, pero se afirma que para lo penal tenía primacía la prueba testimonial, razón por la cual el juramento tenía suma importancia en estos juicios, únicamente en casos como el adulterio o cuando existían sospechas de la comisión de otro delito, era permitido la aplicación del tormento para la obtención de la confesión.

En el derecho maya, la justicia era administrada en un templo que se alzaba en la plaza pública, los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo ningún otro recurso ordinario ni extraordinario, la justicia era entonces sumaria y con relación a las pruebas se señala que hay la probabilidad de que hubiesen usado las siguientes: la confesión, la testimonial y la presuncional.

En el caso del derecho colonial una vez realizada la conquista, los ordenamientos legales del Derecho Castellano así como las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, vinieron a desplazar el sistema jurídico azteca, maya, etc., surgen diversos tribunales apoyados en la religión principalmente, así como también en factores económicos sociales y políticos y por lo tanto hablar de la pruebas en este periodo es algo muy subjetivo ya que la justicia se encontraban inmersas en lo religioso y la posición social.

Más tarde se deposita la fe en la razón acudiendo a un jurado, creen en este punto en la ciencia y piden al perito que les proporcione la verdad ansiada, observamos que históricamente la prueba ha recorrido un largo camino para llegar a su forma actual.

De acuerdo con Enrique Ferri y la Escuela Positiva, nos encontramos con que al referirse a la evolución de la prueba pueden distinguirse cinco fases cuya orden de aparición son las siguientes:

- La primera, étnica, propia de las sociedades primitivas, en las que la prueba se abandona al empirismo de las impresiones personales;
- La religiosa o mística en la que se involucra el juicio de Dios o de los Dioses, y en cuya fase se destacan las Ordalias (Juicio de Dios);
- La legal, en la que la ley señala los medios de prueba y su eficacia jurídica;
- La sentimental, en la que la apreciación jurídica de la prueba se deja a la libre apreciación del juzgador; y
- La científica, en la que la prueba es proporcionada por la labor pericial.

2.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA

En este rubro, la autora Celia Blanco Escandón, nos explica que en el período probatorio hay que distinguir tres etapas: el primero es *el ofrecimiento de pruebas*, el segundo *la admisión de las pruebas* y finalmente *el desahogo de las pruebas*.³⁶

La autora en examen continúa precisando que en la fase de *ofrecimiento* se proponen al juez las diligencias pertinentes para fundamentar y evidenciar lo argumentado.

La etapa procesal para el ofrecimiento de pruebas inicia un día después de que se haya formulado el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, y durará quince días. Durante ese periodo de tiempo las partes señalarán las pruebas que proponen para ser desahogadas en los 15 días siguientes. Una vez que las partes hayan ofrecido sus pruebas, el juez deberá manifestarse en relación a su aceptación o rechazo. Las pruebas podrán ser rechazadas por

³⁶ Celia Blanco Escandón. *“Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal” 2004. Pág. 89.

alguna de las siguientes causas: Por falta de idoneidad, es decir, cuando el contenido de la prueba no se relacione con lo que se pretende probar. Por impertinencia, esto es que la prueba no se relacione con el proceso. Por extemporaneidad, cuando la prueba se presenta fuera de plazo”.³⁷

La autora nos explica que durante los quince días que dura este período de desahogo de pruebas, se presentarán y se practicarán todas las diligencias probatorias que hayan sido admitidas por el Juez. Cabe señalar que si al desahogar las pruebas surgieran nuevos elementos probatorios, el juez tendrá la opción de agregar tres días más para ofrecer pruebas, mismas que se desahogarán dentro de los 5 días siguientes. Es importante señalar que una vez desahogadas las pruebas, las partes no podrán renunciar o invalidar los medios probatorios que les ocasionaran consecuencias negativas, aunque hayan sido propuestos por ellos. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el tribunal, de oficio dictará el auto que declara cerrada la instrucción. La instrucción se declara cerrada cuando hayan transcurrido los plazos legales o bien, cuando las partes renuncien a ellos”.³⁸

Para entender al ofrecimiento de la prueba entraremos al análisis de la carga de la prueba, la entenderemos como el obligación que recae sobre las partes de aportar los medios probatorios al órgano jurisdiccional y buscar su persuasión sobre la verdad de los hechos manifestados por éstas, esto es generar convicción en el juzgador, es evidente que en el juicio las partes desean vencer, pero sólo será posible obtener el triunfo, demostrando en el proceso lo que se afirma.

³⁷ Ibid. p. 90.

³⁸ Ibid. p. 91.

En el proceso penal se cuestiona la vigencia de la carga de la prueba, por considerar que ésta no tiene la eficacia del estímulo de la actividad de las partes, puesto que no se puede pensar que el Ministerio Público sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado.

Por otra parte, en el proceso penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal cuando el juez suple con su iniciativa la inercia de las partes o sale al paso de la astucia de éstas.

No debe olvidarse que el interés, tanto de la sociedad como del Estado, es sólo uno y se traduce en el ideal de justicia que se logra lo mismo absolviendo que condenando, previa fundamentación y motivación legal de la determinación correspondiente.

En ese orden de ideas, se puede concluir que la carga de la prueba no opera en el procedimiento penal, por ser éste de interés público, y, además, ante la inactividad del Ministerio Público o del procesado y su defensor, el órgano jurisdiccional puede tomar la iniciativa necesaria para que se alcancen los fines específicos del proceso.

Por lo que hace al **objeto de la prueba** el maestro Colín Sánchez, explica que es el *thema probandum*, la cuestión que dio origen a la relación jurídica-material de Derecho penal. Esto es lo que debe probarse; es decir, que se ejecutó una conducta o hecho, encuadrable en algún tipo penal preestablecido (tipicidad), o en su defecto, la falta de algún elemento (atipicidad), o cualquier otro aspecto de la conducta; *verbi gracia*: juricidad, antijuricidad; cómo ocurrieron los hechos, en dónde, cuándo, por quién, para qué, etc.

La sentencia del juez, que es la síntesis que pone término al proceso, es cuanto resuelve el conocido problema del sometimiento de un hecho concreto a

una incriminación abstracta, es decir, el problema de la aplicación de esta ley a aquel hecho, se apoya sobre elementos de hecho y derecho.

En términos generales, *el objeto de prueba*, abarcará: la conducta o hecho, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, porque, si la conducta siempre concierne al ser humano, la motivación de aquélla debe buscarse por donquier, aunque sin rebasar los límites de la privacía que compete a la intimidad del ser humano, como son las regiones más recónditas del alma.

Son objeto de prueba: la conducta o hecho, aspecto interno y manifestación; las personas, probable autor del delito, ofendido, testigos; las cosas, en tanto que en éstas recae el daño o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito; y, por último, los lugares, porque de su inspección, tal vez se colija algún aspecto o modalidad del delito.³⁹

Para el autor en cita el objeto de prueba, es, fundamentalmente: la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente; el grado de responsabilidad y el daño producido).

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

La conducta o hecho, primer elemento del delito, *acción u omisión*, debe demostrarse, para así poder concluir que un sujeto o varios la realizaron; es decir, que la voluntad o el querer cobraron vida, así como también la actividad o

³⁹ Colín Sánchez, Guillermo, “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal. Pág. 410.

movimiento corporal para producir un resultado de una mutación en el mundo exterior, el lugar y tiempo de comisión de esa conducta o hecho, porque el conocimiento preciso, de todo eso, servirá para fijar la competencia y la aplicación de determinada ley, con sus naturales consecuencias.

El material probatorio será determinante para precisar, si con una sola acción se produjeron una o varias lesiones jurídicas, o mediante varias, sólo se produjo una; si hay ausencia de conducta, y, por ende, una causa impeditiva de la integración del delito; por ejemplo, la denominada *vis absoluta* o fuerza física irresistible.

La tipicidad y su aspecto negativo, se determinan a través de la prueba, porque el proceso de adecuación de la conducta al tipo penal preestablecido, dependerá de un conjunto de elementos que, sólo la prueba podrá determinar.

A contrario sensu, cuando no se demuestra la existencia de los elementos del tipo, habrá atipicidad, por ejemplo: la ausencia de la calidad exigida por la ley a los sujetos activo y pasivo, la falta de objetos material o jurídico, la ausencia de las referencias temporales o espaciales, etc.

La antijuricidad, tiene un carácter objetivo; para afirmar su existencia, se toma en cuenta la conducta exterior, valorándola a través de un proceso intelectual.

Debido a ello, la prueba servirá de antecedente y fundamento necesario a ese juicio valorativo; de no ser así, cualquier valoración que al respecto se formulara, carecería de consistencia.

Es por lo anterior necesario advertir que, si lo analizamos en un sentido negativo, aunque en algunas ocasiones la conducta ostenta un carácter

delictuoso, sin embargo, no es así; es simple apariencia, lo cual queda despejado con el análisis del material probatorio y he de ahí su importancia.

En tales condiciones, únicamente podrá afirmarse la procedencia del aspecto negativo del delito, a través de las pruebas; sólo esto podrá conducirnos a la afirmación de que no hay delito, cuando, por ejemplo: el sujeto actuó conforme a Derecho, repeliendo una agresión antijurídica, actual, etc., caso en el que para eliminar la antijuricidad, en forma total, material y formalmente, no basta la declaración legal, sino también la del juez, siempre basada en el material probatorio: declaraciones de testigos, inspección, dictámenes de peritos, etc.

En cuanto a la *imputabilidad*, capacidad de entender y querer del sujeto, y su aspecto negativo, es imperativo determinarlo, a la mayor brevedad posible, especialmente, cuando se tiene duda sobre la edad y estado de salud mental del sujeto; esto, sólo es factible conocerlo a través de la peritación, que, en estos casos evita errores y situaciones ridículas.

Tratándose de la *culpabilidad, que puede ser dolosa o culposa*, por medio de las probanzas será posible determinar: el comportamiento del sujeto, si la voluntad se tradujo en un actuar voluntario, dirigido a la producción del resultado, típico y antijurídico, o si, por el contrario, el sujeto infringió un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever.

Como suele suceder cuando el actuar voluntario, del sujeto, sea producto de error, o se trate de la no exigibilidad de otra conducta, la culpabilidad se anula por esas causas, o en ambos de sus elementos, para lo cual y para su operancia práctica, la declaración judicial se basa en la prueba.

La punibilidad, es obvio que solo se actualizará si, por una parte, a través de la prueba se demostró que el sujeto, en virtud de su conducta o hecho ejecutado, es merecedor a la pena; y, por otra, si no se probó la existencia de una

excusa absoluta, para lo cual, tratándose, por ejemplo, de robo entre parientes o familiares, la prueba conducirá a demostrar, entre otros elementos, la relación de parentesco, exigida por el legislador.

Respecto al **medio de prueba**, Julio Antonio Hernández Pliego precisa que nuestra legislación regula diferentes medios probatorios. En el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se asegura que la ley reconoce como medios de prueba: La confesión; los documentos públicos y privados; los dictámenes de peritos; la inspección ministerial y la judicial; las declaraciones de testigos y las presunciones. No obstante, reglamenta además, la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la confrontación y los careos, para finalmente establecer que se admitirá como prueba, en los términos del artículo 20 constitucional, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y también las declaraciones de los servidores públicos quien en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.⁴⁰

Concluye Hernández Pliego apuntando que el Código Federal de Procedimientos Penales expresamente reglamenta como medios probatorios: la confesión, la inspección, peritos, testigos, confrontación, careos y documentos y al igual que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal abre la posibilidad de que se admitan todas aquellas pruebas que se ofrezcan, siempre que sean conducentes y no vayan contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. (Artículo 206 Código Federal de Procedimientos Penales).⁴¹

⁴⁰ Hernández Pliego, Julio Antonio. *“Programa de Derecho Procesal Penal Mexicano”*. Edit. Porrúa, México Distrito Federal 2005 P. 192.

⁴¹ Ibid. p. 293.

Manuel Rivera Silva nos dice que el medio de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por el cual se llega al conocimiento verdadero de un objeto.⁴²

En ese orden de ideas, se puede decir que el medio de prueba es aquel que busca la verdad respecto del ilícito cometido, así como los pormenores de éste, los cambios producidos en el mundo exterior y la personalidad del infractor.

El doctor Guillermo Colín Sánchez, sostiene que el medio de prueba, es la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un funcionario que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados se actualice el conocimiento. No deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aun cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso. Aun cuando, en principio, este autor está en lo justo, me parece inútil tal aclaración, porque, actualmente nadie confunde los elementos integrantes del objeto con el objeto mismo; en cuanto a los medios de prueba, no siempre es correcto llamarles elaboraciones legales, porque, para el uso de ese calificativo, habrá que tomar en cuenta el sistema probatorio de que se trate. Es el tema del proceso o la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento, y el medio de la prueba es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento, consecuentemente, conocer es individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer el medio de prueba.⁴³

El fin específico de todo proceso es esclarecer lo que se denomina *verdad histórica*, que es aquella que podríamos obtener siempre que queremos

⁴²Rivera Silva, Manuel. *Op. Cit.*. P.193.

⁴³ Colín Sánchez, Guillermo, "*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*", 19ª. Edición, Editorial Porrúa, México Distrito Federal 2005, P. 416.

asegurarnos de la realidad de ciertos conocimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.

Esto se opone a la verdad formal o a la verdad material, la verdad formal es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa como infalible; la verdad material es la que se fija en el pensamiento del juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación realizada por él mismo.

La verdad es la exacta correspondencia entre las ideas que tenemos de las cosas y las cosas mismas. La verdad es lo que ha de encontrar el juzgador durante la instrucción de cualquier proceso, para estar en condiciones de dictar sentencia, porque sólo una verdad es posible y ella debe ser la meta del procedimiento.

El órgano de prueba, según Arilla Baz es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el procedimiento del objeto de prueba.⁴⁴

Para Manuel Rivera Silva el órgano de prueba es la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, en su calidad de tal el conocimiento del objeto de la prueba.

Este autor señala que ni el juez ni el Ministerio Público pueden ser órgano de prueba, dada su naturaleza y atribuciones; sin embargo, todos los demás sujetos procesales sí pueden serlo, esto es, el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos.⁴⁵

⁴⁴Arilla Bas, Fernando, Op. Cit. P. 101.

⁴⁵Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. P. 193.

En opinión de Carlos Manuel Oronoz Santana, es el órgano de la prueba, la persona que dota al proceso o bien al órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba.⁴⁶

Respecto al valor que se asigna a las pruebas, es decir, a su fuerza demostrativa, dependerá siempre del sistema probatorio que rija el enjuiciamiento respectivo: en un sistema tasado, el valor queda preestablecido en la propia ley; en un sistema de prueba libre o de sana crítica, el valor dependerá del mayor o menor grado de credibilidad que produzcan en el ánimo del juez.

En estos últimos casos, el juez podrá graduar el valor de la prueba, conforme a la certidumbre que le produzca, concediéndole desde la fuerza sólo de un indicio, hasta el carácter de prueba plena, en el entendido de que la adecuada valoración del material probatorio tendrá que realizarse, en cualquier caso, apreciando su conjunto, de manera hermenéutica, y no valorando cada medio probatorio aisladamente, como lo indica el criterio orientador de la jurisprudencia:

"PRUEBAS, VALORACIÓN DE LAS. Para llegar al conocimiento de la verdad, el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que aparezcan en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiculando unas con otras, enlazando y relacionando a todas".

Directo 3815/972, Séptima Época, vol. 55, Cuarta Parte, página 49.

Un sistema probatorio es el conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el enjuiciamiento y su forma de evaluarlas, es decir, a

⁴⁶ Oronoz Santana, Carlos M, "Manual de Derecho Procesal Penal", Editorial Cárdenas. México Distrito Federal 1983, P. 136.

través de cada sistema probatorio, podremos saber cuáles pruebas pueden llevarse al proceso y qué valor demostrativo representan.

2.4 LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

La diversidad de versiones que sobre la noción de prueba se ha dado, no sólo confunden por una notable dispersión conceptual sino que forman una maraña definicional.

Hay quienes hablan de que la prueba es la verdad, también que es la certeza, algunos que es la mecánica de probar y otros afirman que es el resultado de esa actividad; de esta ambigüedad se deriva la dificultad de encontrar una definición de la prueba y la extensa variedad de concepciones.

No obstante, de lo que si podemos estar ciertos, es que la prueba es el centro vital de toda investigación científica y que está vinculada con el proceso jurídico para poder juzgar la verdad de los hechos.

El conocimiento avanza conforme se van corroborando los juicios, con base en la verificación de tesis y antítesis, hasta llegar a la síntesis de la verdad que se propone conocer.

El juicio, el acto elemental de la inteligencia es, en esencia, la operación mental de síntesis que encuentra su expresión en la proposición verificada. Es, por tanto, la facultad de probar.

Por ello, la legislación procesal contiene reglas de prueba que garantizan a las partes contendientes su derecho a demostrar sus pretensiones.

La exigibilidad de un procedimiento de prueba no sólo sirve para que las partes la hagan valer, sino que además comunica al juez su función.

La prueba se vincula al proceso por el hecho de ser ésta una operación dialéctica en la que se ofrecen, normalmente, dos premisas, de las cuales el juez debe de obtener una conclusión.

Dichas premisas corresponden a la posición que asume cada uno de los litigantes en el debate jurisdiccional y, en el momento de su posición concluida, surge el concepto y el juicio de la prueba como elemento aplicable que hace pensar al juez y demostrar la verdad de sus afirmaciones.

Es decir, hay que cumplir con el requisito de la prueba, probando; esto es, las partes al probar evacuan la carga procesal que emana del dogma de la prueba y de la ley procesal.

De esta forma, la ordenación y regulación de los actos procesales de prueba que sirvan para investigar y demostrar las aseveraciones y hechos aducidos por los litigantes, constituyen el conjunto de normas jurídicas homogéneas, englobadas en una unidad que puede ser calificada de procedimiento probatorio.

En el procedimiento probatorio, el legislador, fundándose en experiencias obtenidas de los tribunales y de la vida social así como de fuentes reales de la doctrina procesal, ha autorizado diversos instrumentos, formas, experimentos, fórmulas y actos que sirven y son utilizados en el procedimiento probatorio para probar y que comúnmente se conocen como medios de probar.

A través de los medios de probar se obtienen determinados datos, que al ser analizados y valorados por el juez, le provocan un estado psicológico de persuasión o de certeza, verdad, verosimilitud o bien de duda, incertidumbre o de falsedad, en relación con el hecho que necesita la demostración.

Pero para llegar a esto, el juez ha tenido que analizar las operaciones de investigación, verificación o de constatación, realizados en el periodo probatorio, así como valorar sus resultados.

A la prueba, como sistema de normas procesales objetivas, se le puede definir como un principio procesal que denota, normativamente, el imperativo de buscar la verdad, de que se investigue o en su caso se demuestre la veracidad de todo argumento o hecho que llegue al proceso, para que adquiera validez en una sentencia justa.

En el proceso civil, la iniciativa de las partes predomina sobre la iniciativa del órgano jurisdiccional, por ser un conflicto del orden privado, como también es privado el ejercicio de la acción, el impulso procesal que activa o detiene el procedimiento y la disposición de las partes sobre la materia del juicio, pudiendo estar a su arbitrio limitar los extremos de lo debatido y restringir la indagación del juez.

En cambio, en el proceso penal el juzgador no necesita excitación de las partes, ya que tiene la facultad ilimitada para investigar y averiguar los medios de probar y presentarlos en el juicio.

Es precisamente en la instrucción donde la prueba y el procedimiento probatorio alcanzan toda su plenitud, ya que es en la averiguación previa donde se inician los actos de prueba, bajo la dirección del Ministerio Público, sólo que estas pruebas se efectúan en forma parcial, a fin de demostrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, mas no se admiten aquellas que pudieran exculpar o beneficiar a éste.

Si bien es cierto que en la primera etapa de la instrucción está permitido el desahogo de pruebas, esto también es relativo por cuestiones de tiempo, ya que dentro de las 72 horas que como máximo puede durar esta, es prácticamente

imposible desahogar todas las pruebas que se ofrezcan, por lo que posteriormente en la segunda fase de la instrucción, es donde encuentra su normal desahogo el procedimiento probatorio.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1 DEFINICIÓN

El testimonio, como elemento de prueba, evoluciono históricamente cuando el conocimiento implícito de los hechos comenzó a tomarse en cuenta y se desechó la noción histórica de que la verdad emanaba de la fuente metafísica. Hegel considero que el devenir histórico alteraría la concepción del testimonio que, en principio, debía descansar en evidencias y hechos objetivos que requerían sustentarse conforme a un valor moral y a un procedimiento de derecho para desentrañar la verdad y dotar de la realidad en si misma.

La prueba testimonial es notoriamente trascendental en el proceso penal pues aparece en la mayoría de los hechos delictivos, es aquella que se basa en la declaración de una persona, ajena a las partes, sobre los hechos relacionados con la litis que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos por ella, esta prueba no resta importancia a otros medios probatorios de los cuales el proceso penal se hace valer; sin embargo, el testimonio permite reproducir y reconstruir mentalmente los hechos acaecidos que difícilmente otro medio de probatorio puede proporcionar.

Esta prueba es considerada como una de las más antiguas, incluso, se le identifica con el nacimiento del proceso mismo, este medio de prueba, conocido también como testifical, se origina en la declaración de testigos, lo cual obliga a precisar el término “testigo”.

Sobre el testimonio como prueba, es interesante rescatar el concepto desarrollado por Carnelutti en Italia hacia el año 1957:

“Que como el delito es un hombre que lo comete, así el testimonio es un hombre que lo presta. Y como para juzgar al acusado el juez necesita conocer no solo el testimonio del hombre; entonces, el dicho del testigo no es menos que el del acusado y ambos se presentan ante el juicio de un juez.”

Como se refirió con anterioridad para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto, asimismo podemos encontrar que existen aquellos que participan en la celebración de un acto jurídico, como el otorgamiento de un testamento, a los que se les denomina testigos instrumentales y los que intervienen en el proceso, para dar noticia de hechos que conocieron a través de sus sentidos, a los que se les conoce como testigo procesal o testigo medio de prueba, en la materia que nos ocupa el testigo ha percibido una conducta delictiva o parte de la misma.

En su estudio jurídico Rogelio Paredes Pérez señala respecto a esta prueba, que la prueba testimonial o testifical *es la declaración rendida por el testigo, quien es una persona distinta a las partes, respecto de hechos que conoció directamente por sus sentidos, que tienen relación con los hechos controvertidos y bajo las condiciones que establece la ley para su desahogo.*⁴⁷

Para Juan José Gonzáles Bustamante, la testimonial es la prueba de más amplia aplicación en el procedimiento, y *tiene por objeto conocer la existencia de*

⁴⁷ Paredes Pérez, Rogelio. Anales de Jurisprudencia Año 10 Quinta Época, No. 235 enero-marzo (1999)

*determinados acontecimientos humanos que sirven de guía a la autoridad para la formación de sus juicios.*⁴⁸

Observamos asimismo que el testimonio consiste en la utilización de personas distintas de las partes del proceso, para que emitan su declaración sobre datos que se han obtenido al margen del proceso, es decir, la relación entre el testigo y el hecho sobre el que presenta su testimonio tiene lugar fuera de cualquier encargo judicial. La trascendencia de la prueba testimonial, radica entonces en que por medio del testimonio, se declara sobre los hechos controvertidos percibidos, trasladando, por ende, la experiencia personal al acervo probatorio, es decir, el pasado es trasladado al presente.

3.2 EL TESTIGO

Para condensar el tema que nos ocupa, como ya se estableció en apartados anteriores, el testigo *“es la persona física, capaz, diferente a las partes del proceso, quien presuntamente ha percibido, sensorialmente, de manera directa o a través de sus sentidos, algún acontecimiento vinculado con los hechos controvertidos en el proceso, es por tanto toda persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos y no es parte en el juicio respectivo, esta persona será llamada entonces para exponer ante el Juez las observaciones propias de los hechos ocurridos y que tienen importancia para el proceso”*.

Tenemos que a partir de la definición proporcionada podemos enumerar las características representativas del testigo:

- Es una persona física,
- Diferente a las partes en el proceso,

⁴⁸ Gonzáles Bustamante, Juan José, Op. Cit. p. 342

- Quien conoció directamente los hechos a través de sus sentidos, y
- Estos hechos se encuentran relacionados con la litis

El testigo debe tener a nuestro parecer los siguientes atributos:

- La percepción: Que es la captación que hace el intelecto humano, por medio de sus sentidos, de la conducta;
- La apercepción: Es la forma de captación que cada testigo tiene y por lo mismo puede variar en ellos, esto debido a circunstancias de orden material y biológico, y
- La memoria: Una especie de película que se graba en la mente humana, es decir el recuerdo del hecho el cual puedo atestiguar y que posteriormente es proyectada al exterior cuando se rinde declaración, a lo que se le llama testimonio.

Los testigos pueden ser directos e indirectos, los primeros, son aquellos que por si mismos van a conocer el dato que aportan, los segundos también llamados de referencia, son los que el dato que aportan les consta por inducción o por referencia, llamados también “testigos de oídas”

Desde el punto de vista abstracto todos podemos ser testigos; pero desde un punto de vista específico, únicamente deberán ser testigos los que percibieron la conducta.⁴⁹ El testigo deberá declarar sin que sea obstáculo su edad, sexo, condición social o antecedentes; sin embargo no se podrá obligar a declarar al que esté vinculado con el autor del delito por nexos consanguíneos o afectivos, tampoco se obligará a declarar al tutor y al curador; pero si hecha esta indicación estas personas manifiestan su deseo de declarar, se tomará su declaración.

3.3 LA IMPORTANCIA DEL TESTIGO

⁴⁹ Hernández Acero, José, “Apuntes de Derecho Procesal Penal” edit. Porrúa, México 2000, primera edición, p. 73.

El testimonio es un elemento probatorio de carácter personal, es decir, es emitido por una persona, la cual introduce elementos nuevos al proceso, esta persona es denominada testigo, los testigos “son los ojos y los oídos de la justicia”⁵⁰, la forma en que se le entiende puede variar según el ordenamiento jurídico de que se trate.

Siendo así la importancia del testigo se desprende de la función que desempeña entendiéndolo como la persona en posesión de información importante para las actuaciones judiciales o el proceso penal, el testimonio genera en el juez convicción sobre hechos pasados, permitiéndole encuadrar la realidad en la norma con respecto a las afirmaciones que proporcionan las partes sobre un hecho.

3.4 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL TESTIGO

Una vez analizada la noción del testigo, es importante abordar los deberes y los derechos del mismo, el testigo tiene deberes de comparecencia, de promesa de veracidad, es decir, deberá procurarse especialmente que este se conduzca con verdad y el de proporcionar la declaración. Estos deberes testificales van encaminados al auxilio de la administración de justicia y la objetividad en la declaración prestada.

En el procedimiento penal mexicano la declaración es una obligación de quien ha conocido sensorialmente un hecho que es investigado, en comparación a esto podemos observar el caso del derecho italiano en donde se enuncia que el testimonio es un derecho ciudadano, para mayor abundamiento en el derecho cívico en México puntualizaremos que este enmarca como obligación del testigo

⁵⁰ Protección de testigos contra la delincuencia organizada, publicación del Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis y Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados LXI Legislatura, Fragmento extraído del libro de Jeremie Betham *Traite des preuves judiciares*.

declarar, asimismo el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

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

...”

La obligación proviene de la omisión; es decir que los testigos están obligados por la norma a declarar en bien del interés social para resolver y juzgar a los responsables de un delito. Caso contrario, la omisión prevé sanciones que van desde el apercibimiento y la multa hasta la consignación ante el juez. Por ende la primera obligación es la comparecencia.

Como una segunda obligación nos encontramos con que el testigo debe conducirse con veracidad, probidad e imparcialidad y el sentido de colaboración para con la sociedad. En el procedimiento penal, antes de que comiencen a declarar; se instruye a los testigos sobre las penas que la ley sustantivas de la materia establece en los casos de falsedad o negativa de declaración; en tanto a los menores de 18 años se les exhorta a conducirse con verdad.

“Art. 247. Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el código penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallándose reunidos todos los testigos. A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurren los que se producen con falsedad, se les exhortara para que se conduzcan con verdad.”

La tercera obligación del testigo es la declaración, esta es la parte central del testimonio, puesto que constituye el medio de prueba que el tercero genera produciendo convicción en el juez, de esto podemos desprender que es deber del testigo contestar las preguntas que le formulen las partes e inclusive el propio órgano jurisdiccional y la víctima y ofendido del delito

Respecto al anterior punto el artículo 249 del CFPP señala:

“Art. 249. Los testigos declararan de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias.

El ministerio público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendidos, tendrán derecho de interrogar al testigo; el juez o el tribunal tendrán la facultad de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes y, además, podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.”

Entre los deberes del testigo en el proceso penal se encuentran el de denunciar el hecho delictivo, el deber de comparecer ante la autoridad competente cuando así se le requiera, y el de declarar acerca de lo que sepa y le conste de los hechos objeto del proceso.

Aunado a las obligaciones materia de nuestro estudio, existe un derecho inherente al testigo, este es el de ratificación o enmienda lo cual supone que al asentarse la declaración, se presenta como una obligación que, al final de la diligencia sea leída al testigo o, en su caso, que éste la lea para que la ratifique y

firme, podemos fundamentar lo anterior a través de los artículos siguientes del CFPP:

Art. 250. Las declaraciones se redactaran con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.

Art 254. Concluida la diligencia se leerá al testigo su declaración o la leerá el mismo, si quisiere, para que la ratifique o la enmiende, y después de esto será firmada por el testigo y su acompañante si lo hubiere.

Es por lo anteriormente señalado que podemos considerar como un derecho del testigo, la ratificación y la firma ya que le permiten cotejar su dicho con lo asentado en actas y asegurarse que con claridad y fidelidad lo que se expuso fue debidamente asentado

3.5 ESTRUCTURA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Desprendiéndose del estudio que hasta ahora se ha realizado del testigo y la prueba testimonial es claro que las mismas partes no pueden ser testigos en su propio juicio, e igualmente sucede con los abogados, apoderados y representantes legales, esto a razón de que nos son personas distintas a una de las partes, a la cual representan y en cuyo nombre actúan.

Los artículos 242 y 249 del CFPP los cuales fueron transcritos con anterioridad en el cuerpo de la presente tesis, prevén la participación activa de la víctima, el ofendido y el inculpado durante el desahogo de la prueba testimonial.

El artículo 249 particularmente establece que el ministerio público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendidos, tendrán derecho de interrogar al testigo, derecho que como señala Raúl Plascencia Villanueva “...se ejercía a través del Ministerio Público en lo que atañe a la víctima y al ofendido, y por medio del defensor en lo referente al inculpado...”

La capacidad del testigo, no debe confundirse con algunas *incompatibilidades* que suelen darse, en razón del cargo que desempeña el sujeto; o bien, por su calidad personal.

De los integrantes de la relación procesal, el agente del Ministerio Público y el juez, aun dotados de capacidad, no deben asumir el doble papel de funcionarios y testigos, por la incompatibilidad manifiesta entre sus atribuciones legales y la función de estos últimos.

Tratándose del denunciante; es decir, del portador de la *notitia criminis*, en cuanto le consten los hechos, en alguna forma, su actuación no se concreta únicamente a hacerlos del conocimiento de las autoridades, adquiere, también, el carácter de testigo.

El sujeto ofendido, al igual que el testigo, refieren la experiencia vivida. Al primero, la conducta o hecho le produjeron un daño en su persona, bienes, etcétera; no así, al segundo, quien no resulta afectado, ya que éste, accidentalmente presenció el delito.

Tampoco es equiparable la función del perito con la del testigo. Aquél valora, emite su opinión sobre algún aspecto del proceso; en cambio éste únicamente narra la experiencia adquirida fuera del proceso.

El probable autor del delito, no es un testigo, aun colocado dentro de las hipótesis de la "confesión": alude a la forma en que participó en los hechos, no así el testigo.

Como el defensor, en términos generales, está obligado a guardar el secreto profesional, si por algún medio, después de aceptada la defensa se entera cómo ocurrieron los hechos, no es posible confundirle con un testigo, en razón de los caracteres que ya indiqué singularizan a éste. Ahora bien, si antes de asumir el cargo, conoció y vio los hechos, indudablemente es un testigo, y no existe motivo para que no actúe con tal carácter, independientemente de sus funciones específicas de defensor.

Por último, entre los denominados sujetos auxiliares, todo policía puede servir de testigo, porque no existe impedimento; y, es más, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecieron en jurisprudencia firme: *"los dichos de los agentes de la autoridad sobre hechos relacionados con el delito imputado, constituyen testimonios sujetos a los principios y normas reguladoras de la prueba, independientemente del carácter oficial de quienes declaran"*.

Son los hechos los que se pueden acreditar a través de la prueba testimonial, veamos ahora entonces que el estudio del testimonio, en nuestras leyes positivas impone tres capítulos:

- Requisitos previos a la recepción del testimonio

Cuando el testigo, está frente a la autoridad que ha de practicar la diligencia, se observarán algunos requisitos previos a su declaración o a su interrogatorio.

En atención a lo establecido en los Códigos de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal y Federal, el Ministerio Público o el juez deberán

informarles sobre las penas en que incurrirán los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley.

Observamos que en el Código Procesal Penal para el del Distrito Federal, es obligado observar lo siguiente: "A toda persona que deba examinarse como testigo o como perito, se le recibirá protesta de producirse con verdad, bajo la siguiente fórmula: *¿Protesta usted, bajo su palabra de honor y en nombre de la ley, declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir?: Al contestar en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente al falso testimonio*".

En el Federal, se impone el deber de tomar a los testigos la protesta de decir verdad, pero no se indica la forma de hacerlo, ante ese vacío, será la autoridad quien lo determine.

Satisfechas las formalidades señaladas se preguntará a cada testigo su nombre, apellido, edad, nacionalidad, vecindad, habitación, estado, profesión o ejercicio, si se halla ligado al inculpado, o a la víctima, al ofendido del delito o al querellante por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro y si tiene motivo de odio o de rencor contra alguno de ellos.

Si se trata de testigos menores de dieciocho años, en las leyes adjetivas mencionadas se ordena que, en vez exigírseles protesta de decir verdad se les exhorte para que la digan.

- El testimonio propiamente dicho

Cumplidos esos requisitos, los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente, según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias.

El Ministerio Público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendidos, tendrán el derecho de interrogar al testigo; el juez o el tribunal tendrán la facultad de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes, y, además, podrán interrogar al testigo, sobre los puntos que estime conveniente.

En la ley adjetiva de la materia, para el Distrito Federal, se prevé esto mismo, pero no con el acierto, propiedad y amplitud del precepto transcrito.

Independientemente del interrogatorio, el testigo tendrá derecho a manifestar lo que sabe y conoce, además, a dictar su declaración, si así le parece.

Al respecto, en el Código del Distrito y en el Federal, se ordena que las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por el testigo. Si éste quisiere dictar o escribir su declaración, se le permitirá hacerlo.

Si el testimonio ha sido emitido espontáneamente, lo aconsejable es la práctica de la forma señalada; si se obtiene a través de preguntas, éstas se harán constar junto con la respuesta, para así facilitar su valoración.

El examen de testigos se hará separadamente, evitando se comuniquen entre sí, para que la versión del primer declarante no ejerza influencia sobre el próximo a ser declarado. En éstas diligencias, tendrán derecho a formular preguntas: el agente del Ministerio Público, el defensor y el juez. De no ser así, el proceso se desvirtuaría en cuanto a su implementación jurídica, objetivo y fines.

- Requisitos de comprobación del testimonio

El testimonio puede ser elemento valioso para la realización de los fines específicos del proceso, si entre otros requisitos: se emite ante el agente del Ministerio Público o ante el juez, en forma oral y no escrita, porque, aun cuando se utilice esta última para darle forma en el expediente, en principio, la palabra es el medio empleado para producirlo; no obstante, como en las normas procedimentales se prevé el examen de testigos ausentes, por exhorto, etcétera; y, además, en el orden federal, es permitido a los altos funcionarios de la Federación enviar su declaración por medio de oficio, semejante facultad a todas luces desvirtúa la naturaleza de la prueba y resta elementos al juez para valorarla, porque, aun cuando sean altos funcionarios, tal investidura, no es sinónimo de veracidad.

Recapitulando en lo relativo a la estructura de la prueba testimonial, debe precisarse que en el examen de testigos de una causa penal deberán observarse ciertas formalidades. El testimonio cumple con la función, a través de quien lo presta, de ser un órgano de prueba; al respecto Julio Antonio Hernández Pliego señala que órgano de prueba se denomina a la persona (inculcado, ofendido, defensor, testigo) que aporta los datos de que se vale el juez para formar su convicción.⁵¹

Como medios de prueba, las diversas aportadas por las partes ante el órgano jurisdiccional tienen el valor que la ley les confiere y será el juzgador quien, al analizarlas, les otorgará el que les corresponda y que se verá plasmado en su resolución.

3.6 EL TESTIMONIO Y LOS DERECHOS DEL INCULPADO

El testimonio tiene correspondencia con los derechos del inculcado; el testimonio, tiene por objeto genera en el juez convicción sobre hechos pasados,

⁵¹Hernández Pliego, Julio Antonio. Op. Cit.. P. 193

permitiéndole encuadrar la realidad en la norma, dentro del proceso penal, para valorar el testimonio, el juez deberá tomar en consideración los siguientes puntos:

- Que el testigo no esté inhabilitado por alguna causa legal.
- Que por su edad, instrucción y capacidad tenga el criterio necesario para juzgar el caso que se le presenta.
- Que sea imparcial.
- Que el hecho sobre el que se le examinó sea conocido directamente por el testigo y no por inducciones o referencias de otros.
- Que la declaración sea clara y precisa tanto sobre la sustancia como sobre las circunstancias del hecho declarado, y
- Que en la declaración no concurra algún vicio de la voluntad.

El inculpado desde la primer constitución ha tenido derechos reconocidos por nuestra máxima ley.

-CONSTITUCIÓN DE 1814.

Es la primer Constitución nacional que se aplicó en México, una vez lograda la independencia. La historia nos determina que esta Ley se denominó sentimientos de la nación y es inspirada por los ideales de Don José María Morelos y Pavón, puntal de la independencia de México, quien pasó de su actividad eclesiástica a la función militar, donde se ganó a pulso el grado de generalísimo.

La Constitución de Cádiz contenía 384 artículos y en su numeral 247, habla de los derechos del procesado.

-CONSTITUCIÓN DE 1824.

Fue elaborada por el llamado segundo congreso constituyente mexicano y promulgada el 4 de octubre de 1824, dos días después de haber sido declarado don Guadalupe Victoria primer presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

La parte dogmática carece de la clásica declaración de derechos del hombre y del ciudadano y no incluye todos los principios dogmáticos que eran de rigor.

El artículo 151 nos habla de los derechos del procesado.

-CONSTITUCIÓN DE 1836.

La Primera Ley consta de 15 artículos destinados a definir la idea de nacionalidad y de ciudadanía, así como a la tradicional enumeración de derechos y obligaciones de los ciudadanos. Su artículo 2º. Fracción I se refería a los derechos del acusado.

-CONSTITUCIÓN DE 1857.

En esta Constitución se reconocen en forma amplia y pormenorizada los derechos y libertades de la persona humana y el modo de hacerlos efectivos a través del juicio de Amparo, establecido por primera vez en la Constitución de Yucatán de 1841, y después en el Acta Constitutiva y de Reforma de 1847.

En el artículo 20 de dicha Ley, se regulaban las garantías del acusado en juicio criminal.

-CONSTITUCIÓN DE 1917.

Es una nueva Constitución, porque la llamada revolución mexicana rompió con el orden jurídico establecido por la Constitución de 1857 y porque el constituyente de 1916 - 1917 tuvo su origen no en la Constitución de 1857, sino en el movimiento político social de 1910, que le dio a la Constitución su contenido.

Antes de entrar a examinar el contenido del artículo 20 constitucional, señalaremos los principales aspectos que modificaron su contenido, esto lo podemos observar con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, la primera el 3 de septiembre de 1993, la segunda el 3 de junio de 1996, la tercera el 21 de septiembre de 2000 y la más reciente e importante para nuestro estudio, que reforma al artículo 20 constitucional en su totalidad mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008 para dar paso a un sistema oral, el cual a nivel federal aún no cobra vigencia por disposición del régimen de transición.

“DECRETA

**SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS
DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:”

Con esta reforma el artículo 20 Constitucional señala:

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

Es importante para cumplir el análisis del punto en desarrollo, que hagamos un breve resumen al respecto del artículo 20 Constitucional, lo que implica que para la finalidad del trabajo que desarrollamos, es necesario acudir al estudio de dicho artículo tanto en la forma como estaban contenidos los derechos del inculcado anteriormente a la reforma como de la forma que adopta después de la misma, realizaremos pues una comparación de las fracciones que cobran relevancia para las finalidades de nuestro estudio.

Como lo señalamos con anterioridad, la reforma al artículo 20 aun no cobra vigencia, esto se sustenta en los artículos transitorios del Decreto mencionado con anterioridad:

“TRANSITORIOS

...

Segundo. *El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; **20** y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, **entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.***

*En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, **deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u***

ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.”

Como podemos observar, para la entrada en vigor de dicha reforma es necesario que una legislación secundaria que incorpore las mismas, sin embargo en el Distrito Federal esto aún no se ha llevado a cabo por lo que a consecuencia de esto, aun aplica el artículo 20 Constitucional como se encontraba con anterioridad a la reforma tal como lo señala el artículo cuarto transitorio:

“...

Cuarto. *Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto”*

Por lo anterior es necesario entrar al estudio del artículo 20, apartado A, constitucional, el cual se erige en una primera instancia como el precepto principal que fija las garantías del inculpado y, en segundo término, sustenta dentro del proceso penal lo referente a testigos y otras probanzas:

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

A. Del inculpado:

*“1.- 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 éste 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.*

Nos encontramos primero con la garantía de libertad bajo caución. La libertad bajo caución, data, como gran parte de las instituciones jurídicas del antiguo derecho romano, este derecho se le da al inculpado siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder éste beneficio, por otro lado establece que en el caso de que se trate de delitos no graves, el juez a petición del ministerio público, podrá negar la libertad provisional, en los casos en que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, finalmente esta fracción establece una ultima hipótesis en la que señala que una vez que 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 le será igualmente negada la libertad provisional.

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

En esta fracción se alude a la práctica de una diligencia que es determinante en el proceso penal “*la declaración preparatoria*”, en ella comparece el inculpado ante el juez que conoce del asunto y se constituye como una oportunidad que es crucial para su defensa.

En esta audiencia, ante la instancia judicial bajo el principio de publicidad, se hace del conocimiento del inculpado, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, en qué consiste la denuncia o querrela, así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaran en su contra, la acusación como concepto general implica el señalamiento ante la autoridad respectiva de que una ha realizado una conducta que se considera delictuosa, a fin de que se siga en su contra el proceso judicial respectivo y en su caso, se le aplique la sanción correspondiente.

La fracción IV del artículo 20 Constitucional, apartado A, establece:

“...

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

La finalidad del careo constitucional es que el inculpado cuente con el derecho de contrapesar o en su caso, anular las declaraciones en su contra, la fracción V del apartado B que hace referencia a las excepciones al careo señala lo siguiente:

“... ”

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 su fracción V el artículo 20 hace referencia a la oportunidad probatoria:

“... ”

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que 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;”

Observemos que esta fracción guarda estrecha relación con la prueba testimonial, y asimismo asegura la recepción de las demás pruebas que el inculpado considere valiosas para sustentar su defensa, se le da entonces la oportunidad al procesado de preparar su defensa, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario.

En su fracción VII el artículo 20 encontramos otra garantía del inculpado relevante para nuestro análisis ya que establece:

“... ”

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

La defensa significa proporcionar asesoría jurídica a efecto de comparecer ante los tribunales para hacer valer los derechos que como individuo tiene un procesado, las constancias periciales que obren en el expediente quedan entonces a disposición, esto previa solicitud, del inculpado; podemos ver que esta garantía le permite tener conocimiento de todas las actuaciones realizadas, permitiéndole de esta forma tener acceso a los medios de prueba como los testimonios, los careos y en general a todo lo que ha sido actuado dentro del procedimiento y que le será de utilidad para sustentar su defensa.

Finalmente la fracción IX establece el derecho del inculpado a la defensa:

“...

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 si, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar un defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, le juez le designara 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;”

Esta garantía del acusado es vital, porque desde el inicio del proceso propiamente dicho, sabrá todos los derechos con los cuales cuenta, la autora Lilia Mónica Benítez precisa que el inculpado tiene la garantía suprema de conocer la serie de derechos que para su protección prescribe la Constitución.

No solo se trata de facilitar la defensa, también se pretende establecer un procedimiento correcto, lejano a vicios que demeriten el valor de las actuaciones en detrimento de los derechos de aquel.⁵²

A continuación procederemos a hacer un muy breve análisis del artículo 20 posterior a las reformas ya que modifica la localización y contenido de los derechos del inculpado, localizándolos ahora en el apartado B y por tanto procederemos a analizar los cambios más substanciales del mismo:

“...

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

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

...”

Como podemos observar este apartado y sus fracciones III y IV establecen el derecho del inculpado a ser informado tanto de los hechos que se le imputan,

⁵² López Benítez, Lilia Mónica, “Protección de testigos en el derecho penal mexicano”, editorial Porrúa, México 2009, p. 50

así como de los derechos que le asisten, sin embargo hace una mención especial exceptuando el caso de que tratándose de delincuencia organizada la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos de su acusador.

Y continuando en su fracción V el mismo señala:

“ ...

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

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

...”

Esta fracción señala que el inculgado deberá ser juzgado en audiencia pública, publicidad que sólo se vera restringida en los casos de excepción que determine la ley esto entendiéndose solo si existen razones de seguridad nacional, seguridad pública, o por protección de las víctimas, testigos y menores cuando en su caso se considere que se pone en riesgo la revelación de datos legalmente

protegidos o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

“...

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

...”

En esta fracción se contiene el derecho que tiene el inculpado para que le sean *facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, solo incluyendo la excepción de los casos expresamente señalados en la ley, esto es necesario como lo señala la fracción en comento para salvaguardar el éxito de la investigación.*

“

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido

para hacerlo, el juez le designara un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y ...”

Finalmente es importante señalar que el inculpado tiene derecho a una defensa adecuada el cual debe elegir libremente, puede hacerlo desde el momento de su detención y en caso de no poder o no querer nombrar un abogado le será designado un defensor público.

CAPÍTULO CUARTO

EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

4.1 CONCEPTO DE TESTIGO PROTEGIDO

El testimonio relaciona el vínculo con los hechos por investigar, que hacen imperativo un grado necesario de aportación procesal y por lo tanto de afectación para las decisiones en el conflicto jurídico.

De acuerdo al análisis que hemos venido realizando de la prueba testimonial y el testigo, nos permitiremos emitir como definición propia del testigo protegido: *“Aquella persona a quien le consta un hecho y por tanto es capaz de suministrar los datos necesarios para colaborar con la administración de justicia emitiendo su testimonio con relación a una investigación y que en este contexto le es garantizada su integridad ante el riesgo fundado de ser víctima de la delincuencia”*.

4.2 PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

Podemos iniciar señalando que a la figura del testigo protegido la podemos comenzar a visualizar en México desde que nuestro país suscribió la convención de Palermo; la protección a un testigo tiene la finalidad de salvaguardar la integridad de la persona que con tal calidad proporciona información que es necesaria para el éxito de una averiguación. La figura del testigo de identidad reservada, se integra en la legislación mexicana con motivo de la política criminal que asumió el Estado para hacer frente a la problemática del crimen organizado.

Encontramos la primera referencia de la protección en el artículo 12 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra señala:

“Art. 16.

...

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

...”

Posteriormente el artículo 19 establece en su párrafo segundo:

“Art. 19.

...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

...”

Como ya anteriormente analizamos, el artículo 20 de nuestra Carta Magna destaca que:

“Art. 20. ...

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

...

III. ...

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

La protección de personas relacionadas con alguna indagatoria penal, está contemplada en el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, específicamente tratándose de víctimas, al establecer:

*“Art. 123. Inmediatamente que el Ministerio Público, las policías o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar **seguridad y auxilio** a las víctimas y testigos; impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general, impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante y su registro inmediato.*

...”

El artículo el artículo 14 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé lo siguiente:

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

A partir de la lectura y el análisis de este artículo podemos concluir que la protección en el ámbito de la procuración de justicia surge con la finalidad de resguardar la integridad del testigo y por tanto su testimonio, el cual contiene la información que es necesaria para la investigación del delito.

Por su parte el artículo 34 de la Ley en comento establece el apoyo y protección a las personas que intervengan en un proceso penal sobre los delitos que regula esa Ley:

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

Por tanto de lo anterior podemos concluir en que hay una obligación de dar la protección necesaria a las personas que intervengan en un procedimiento penal y por tanto estén vinculados en este caso en particular a asuntos de delincuencia organizada, sin embargo aun después del análisis de los artículos precedentes, podemos observar que no se señala en ningún momento en que consistirá la protección, seguridad y auxilio a la cual se hace referencia en estos, salvo la somera mención de mantener en reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal, lo cual incluso se encuentra limitado solo hasta ese momento.

La protección de personas, es aquel conjunto de acciones jurídicas, entendidas como la práctica de diligencias ministeriales, ordenadas y realizadas por la autoridad ministerial, el agente del Ministerio Público y encaminadas a garantizar y salvaguardar de la integridad física y personal de toda aquella persona que pueda ser objeto de amenazas, como consecuencia de su participación o colaboración en la investigación que de como resultado la persecución, procesamiento y sanción de algún miembro de la delincuencia organizada por la comisión de conductas tipificadas como delitos en los diversos ordenamientos legales vigentes.

Observamos que el apoyo y protección que otorga la ley especial es de manera especial y a la vez general, al señalar a jueces, peritos, testigos y víctimas; y globalmente al menciona “*demás personas*”, por lo que entendemos que esto aporta la posibilidad de que le sea otorgada la protección a cualquier otro individuo.

En relación a la observación anterior, de acuerdo con Luis Brucet Anaya, es más adecuado referirse a la protección de personas que a testigos protegidos, esto en virtud de que la protección no solamente se concede a testigos, sino a todas aquellas personas que así lo requieran, y entre las que se encuentran, como una variante los testigos.⁵³

Sin embargo este tratadista generaliza el enfoque de personas y se aleja del sentido de protección al testigo, ya que si bien es cierto que por ejemplo, los miembros de la familia del testigo se ubican en riesgo fundado por la delincuencia, esto se deriva del testimonio del testigo y no de la calidad de persona como genero.

4.3 LA PROTECCIÓN A TESTIGOS EN EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

Como quedo establecido en el punto que antecede, el otorgamiento de brindar una protección se deriva de razones de seguridad, ante la existencia de una riesgo fundado de que se pudiera atentar contra la seguridad de las personas que han decidido colaborar para combatir a la delincuencia organizada, dicha protección abarca como ya se analizó, tanto a jueces, peritos, **testigos**, victimas y demás personas que se involucren en el procedimiento penal.

Asimismo debemos analizar el porqué de tomar en consideración la información que brinde una persona que ha estado inmersa en la delincuencia,

⁵³ Brucet Anaya, Luis Alonso, Op.Cit., p. 407-408

esto es debido a que podemos considerarlo la forma más sencilla, directa y eficaz de demostrar en un primer lugar la existencia de una organización dedicada al delito organizado, y es que si se observa con cuidado, las declaraciones hechas por los que han sido parte de ella son una forma directa de saber la forma como se integra y opera dicha organización, por otra parte la declaración de uno de estos personajes es utilizada en un procedimiento penal para la prueba de hechos y se busca como finalidad no solo demostrar como anteriormente se dijo, la existencia de la organización, sino también el involucramiento de mas miembros en la misma.

Al inicio de este trabajo, debimos dar por hecho la existencia de un programa dedicado a la protección y auxilio de personas que se deciden a colaborar en la investigación de la delincuencia organizada y que dicho programa tiene contemplado el nivel y riesgo fundado de peligro al que se exponen los que deciden hablar, y que de tal forma detalla de manera precisa las directrices para el otorgamiento de la protección y auxilio a la integridad de los colaboradores, y en algunos casos, a sus familiares, esto ya que como lo hemos visto dicha protección y auxilio es contemplada por diversos ordenamientos.

Igualmente debimos pensar que existía desde tiempo atrás, un instrumento el cual regule y especifique todas las medidas, formas, lugares y tiempos en los cuales se otorgara dicha protección, incluso, deberíamos suponer que está previsto un cuerpo de seguridad especial, encargado de brindar la protección en comento, sin embargo el mismo no se encontraba a la luz pública y por lo tanto era imposible no caer en suspicacias al no estar seguros de en que consiste la protección brindada a testigos.

Más adelante en nuestro estudio nos permitiremos realizar breves transcripciones de notas periodísticas las cuales dejan ver la forma en que hasta el momento en nuestro país se ha sobreentendido la protección a testigos, la cual no es clara y deja mucho a la imaginación de quien lee y juzga.

CAPÍTULO QUINTO

EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO COMPARADO

En la actualidad existen nuevas directrices las cuales podemos observar por su aplicación en otros países, las cuales han permitido lograr avances significativos y logros positivos para el adecuado desarrollo del combate de las organizaciones delictivas, es por esto que a continuación nos permitiremos desarrollar el estudio de la protección de testigos en distintos países, las razones de su aparición, así como la evolución que han seguido, su estructura y los resultados que arrojan.

5.1 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ESTADOS UNIDOS

Este es uno de los sistemas con más relevancia en virtud de la mayor trayectoria con la que cuenta y puesto que sus propuestas han dado una cierta validez y eficacia a su finalidad, es necesario hacerle un breve análisis.

Es considerado como el programa abanderado de protección en el mundo, el Programa de Seguridad de testigo en Estados Unidos fue creado en 1970 por el Control contra el crimen organizado, acta de 1970 Ley de Control de Delincuencia Organizada (Ley pública 91-452) esto con la finalidad de proteger a los testigos que aceptasen proporcionar información sobre la forma de operar de las bandas delictivas de tipo mafioso y como producto de dicha ley, se sabe, fue autorizado el Programa de Seguridad de Testigos (WITSEC), mismo que en 1984 se modifico en la Ley General de Control de la nueva Delincuencia, acta de 1984 (18 U.S.C. secciones 3521-3528) y que actualmente permite el cambio de lugar de residencia bajo una nueva identidad.

El servicio de *MARSHAL* como se le llama al programa de protección de los Estados Unidos es la unidad policíaca más antigua del Departamento de

Justicia⁵⁴, tiene como misión proveer seguridad y bienestar a los testigos del gobierno, quienes a raíz del resultado de sus testimonios ponen en peligro sus vidas ante el crimen organizado y también acoge casos de delitos considerados como mayores.

De acuerdo con su página de internet el Servicio de Marshals asume la custodia de todos los presos acusados de un delito federal, sin importar que la agencia hizo el arresto, transporta a todos los presos federales desde el momento de entrar en custodia federal hasta que sean absueltos o condenados, para posteriormente ser entregados a la instalación penitenciaria que les es designada

La detención de los presos federales es un reto en su diversidad y complejidad. Siendo así ya que el Servicio es responsable de cuestiones diversas como lo son:

- La toma de muestras de ADN de personas detenidas, de una base de datos del FBI.
- La gestión de los presos con enfermedades terminales y enfermedades contagiosas.
- Decidir si se concede el traslado de presos a autoridades estatales y locales, cuando es ordenado a través de órdenes judiciales del Estado.
- El Servicio se basa en cárceles estatales y locales, así como la Oficina de Prisiones de detención para brindar atención médica dentro de las instalaciones. Sin embargo, asimismo es responsable de proveer una escolta de seguridad y de pagar la asistencia de un preso cuando este deba ir a las instalaciones médicas en la comunidad local.

⁵⁴ Pagina Web <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/163251.html>, Nota: "NARCOS INFILTRARON A MARSHALS DE NARCO" CARLOS BENAVIDES, EL UNIVERSAL, MIÉRCOLES 29 DE OCTUBRE DE 2008

- Sobre la detención y encarcelamiento, los individuos que son arrestados o detenidos por la violación de las leyes federales son llevados ante un magistrado o un juez para una audiencia inicial. Después de la audiencia, los prisioneros ya sean liberados o remitidos a la custodia del servicio de marshals de EE.UU. para ser juzgado. Si es declarado culpable en el juicio, es responsabilidad de la agencia entregar al preso a una institución para cumplir la condena que le fue impuesta.

Este programa es administrado por el Departamento de Justicia: La oficina de la División de lo Penal de la observancia de Operaciones (OEO), autoriza la admisión en el programa de testigos, la determinación final para que un testigo sea admitido al Programa de Protección la hace el fiscal general de la Nación, con base en recomendaciones efectuadas por los abogados designados por los Estados Unidos y que han actuado en casos federales mayores, por conducto de la nación.

En algunos casos la determinación de la Corte de Estado se basa en una petición de los fiscales federales de las diferentes oficinas de la Procuraduría (de abogados) mediante la Oficina del Fiscal General de los Estados Unidos y de las fuerzas de ataque contra el crimen organizado a través del país, haciendo las solicitudes a la OEO, para informantes confidenciales, a fin de que estos ingresen al Programa para ser protegidos

La OEO, además determina su adecuada aplicación, basada en la información suministrada por los abogados de los Estados Unidos, la Agencia de Investigación y el servicio de Marshals, como también la evaluación psicológica, esta información incluye:

- La posibilidad de obtener testimonios de otras fuentes.
- La importancia relativa del testimonio de las personas.

- Los resultados de evaluaciones psicológicas para determinar el posible riesgo individual al ser reubicados en una comunidad.
- Una recomendación del Servicio de Marshals a la adecuación del interesado en el programa.
- Una asesoría si se debe proveer protección.

Después que el testigo pasa por esta preadmisión efectuada por la Oficina de Marshals y acepta querer ingresar al Programa, el procedimiento por seguir es trasladar inmediatamente al testigo y a sus familiares del sitio o área en peligro y reubicarlos en un sitio seguro escogido por ellos, adicionalmente a esta protección, se puede obtener una orden de la Corte para el cambio de nombre y así proveerlos de una nueva identificación con los documentos auténticos para el testigo y su familia, a la cual es posible constituirle un nuevo hogar, ofrecerle tratamientos médicos, capacitación para trabajar y suplirles todos los gastos hasta que puedan desenvolverse por sí mismos, la única restricción es que en cuanto al nombre que elija, este debe ser étnicamente compatible y no sea uno que haya utilizado anteriormente.

Respecto al testigo privado de la libertad, también se encuentra dirigida por la OEO, la responsabilidad de la protección es de la Oficina Federal de Prisiones (BOP) que mantiene la custodia de los testigos en la cárcel, y se ocupa de la designación de una institución para seguir su condena, el tratamiento médico y cualquier otra designación tomada para la protección, el Servicio de Marshals es involucrado solamente en la seguridad para transportar al testigo entre prisiones y durante su presentación en la Corte y en áreas de aparente peligro, la Policía Judicial dispone de la seguridad y la salud de los participantes en el programa en la cárcel. Cuando estos testigos terminan su sentencia deben ser patrocinados con un servicio completo del Servicio de Marshals y su programa (WITSEC).

Según el Servicio de Alguaciles de Estados Unidos, desde 1971 el programa de Seguridad de Testigos ha permitido proteger, reubicar y dar una nueva identidad a más de 8,200 testigos y 9,800 miembros de su familia⁵⁵.

5.2 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ITALIA

Este programa es orientado y administrado por el Servicio Central de Protección, creado en el Departamento de Seguridad Pública, por decreto del Ministerio del Interior, de acuerdo con el Ministerio del Tesoro. Fue creado con la finalidad de atacar la criminalidad organizada o “mafiosa”.

Italia es uno de los países con mayor índice de delitos perpetrados por organizaciones criminales, la mafia ha sido un problema prioritario en la agenda de seguridad pública de aquella península del Mediterráneo. En esencia, el Decreto de Ley de quince de enero de mil novecientos noventa y uno, cubrió un hueco en la legislación penal vigente, un vacío que no había logrado amortizar la problemática de los secuestros y los asesinatos de los altos funcionarios de la justicia italiana, así como los constantes ajustes de cuentas que habían restringido al ciudadano a ejercer su derecho y cumplir con su deber de declarar como testigo en causas penales derivadas de la delincuencia organizada.⁵⁶

En ese país europeo se adoptaron las siguientes medidas a partir del Decreto de Ley del quince de enero de mil novecientos noventa y uno, siendo una de las características de este programa que en su procedimiento indica la relación de la colaboración del testigo y el peligro consecuente, el cual debe ser actual, otra de sus características consiste en poder dar una protección temporal y aislada, la cual se califica como medidas de tutela, las cuales a posteriori pueden dar lugar a crearse a su favor un Programa Especial de Protección, que comprende además medidas de asistencia, las cuales en conjunto con los criterios

⁵⁵ Página Web <http://www.usmarshals.gov/witsec/index.html>, “Witness Security Program”

⁵⁶ López Benítez, Lilia Mónica, *Op. Cit.*, p.71.

de operatividad y formulaciones acerca del Programa y la modalidad, son establecidos por decreto del Ministerio del Interior de común acuerdo con el ministerio de Gracia y Justicia y del Comité Nacional del Orden y de la Seguridad Pública.

La admisión a este Programa Especial de Protección, el contenido y la duración en el mismo, dependen de la valoración que se haya efectuado previamente, incluso durante el transcurso de la protección otorgada, se lleva a cabo la evaluación por parte de la Comisión Central para la Definición y Aplicación del Programa Especial de Protección, la cual dará las pautas sobre la continuidad de las medidas adoptadas, considerando los elementos referentes a la gravedad del caso, indicando las eventuales medidas de protección ya adoptadas y los motivos por los cuales no se consideran adecuadas.

El programa está suscrito por los interesados quienes se comprometen a observar las normas prescritas, colaborar activamente en la ejecución del programa y cumplir con las obligaciones previstas por la ley y las contraídas en lo personal.

Otra de las medidas que acepta este programa es la de la reubicación del protegido, permitiéndose además la utilización de nueva documentación, la cual será expedida únicamente para los casos autorizados por decreto del Ministro del Interior, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, incluso existe la posibilidad de que una persona, cuando se encuentre en estado de privación de la libertad pueda ser trasladada a otro sitio, aun fuera de las instalaciones carcelarias, esto con la previa autorización del Procurador de la República o del juez que lleva el proceso.

5.3 EL TESTIGO PROTEGIDO EN ESPAÑA

En el caso de la protección a testigos en España encontramos la Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales, esta Ley Orgánica 19/94 de 23 de diciembre de 1994, surge a causa de las dificultades de los ciudadanos en participar en las causas penales, debido en gran parte al temor de sufrir represalias por colaborar con la policía judicial y con la administración de justicia en determinadas causas penales.

Dicho sistema confiere al Juez o Tribunal la apreciación del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección consideradas como necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recursos en ambos casos.

El contenido de esta Ley es breve, junto a su ámbito de aplicación, regulado en su artículo 1º, la normatividad empieza por observar el marco de aplicabilidad, al incluir a los testigos o peritos que intervienen en procesos penales para cuyo fin es necesario que la autoridad judicial observe el peligro grave para la persona, libertad o bienes, incluyendo a su cónyuge “o a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad”, sus ascendiente, descendientes o hermanos.

Artículo 1.

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables **a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.**

2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley **será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se**

halla ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Observamos que la Ley citada, solamente hace referencia en cuanto a la protección que otorga, a testigos y peritos, esto a diferencia de otras leyes similares como la estadounidense, que también abarca a delincuentes “arrepentidos” y miembros de las organizaciones criminales.⁵⁷

Esta Ley prevé además las siguientes cuestiones con respecto a la protección que otorga:

Que no consten en las diligencias que se practican la verdadera identidad, el domicilio, lugar de trabajo y profesión, un cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiéndose utilizar para éste un número o cualquiera otra clave.

Asimismo, es posible que este al momento de comparecer para la práctica de cualquier diligencia, lo haga utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

También da la posibilidad de fijar como domicilio, para efectos de citaciones o notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual hará llegar reservadamente esa notificación a su destinatario.

Las medidas protectoras y garantías del “justiciable”, se encuentran contenidas en los artículos 2º y 3º de esta Ley, la cual dispone en su artículo 3º punto 2. lo siguiente:

Artículo 3.

⁵⁷ Ibid. p. 74

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

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

Finalmente su artículo 4º, enumera una serie de medidas complementarias de protección que se habrán de aplicar en los siguientes casos:

Artículo 4.

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de

mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

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

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

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

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna

circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

5.4 PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN AMERICA LATINA

Para entender la protección de testigo en América Latina a continuación nos permitiremos analizar dos ejemplos muy claros, como es el caso de Colombia y Chile:

a) COLOMBIA

El sistema de protección como tal para el año 1992 no tenía antecedente alguno diferente al de Estados Unidos e Italia, países que ante el auge de la delincuencia organizada necesitaron el auxilio de tal herramienta para combatirla⁵⁸

La norma constitucional de este país establece la función de velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes procesales. La razón de tal norma se debió precisamente a la crisis del medio probatorio del testimonio que, es uno de los factores que generan impunidad.

El Programa de Protección a Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos en Colombia nació en 1992⁵⁹ como resultado de la necesidad de confrontar la situación del terrorismo que sufría en ese momento el país, Colombia pasó así a ser, después de Estados Unidos e Italia, el tercer país en conformar un programa de protección a testigos, ello fue producto de la problemática de violencia, lo que daba como resultado que se alejaran cada vez más los testigos de la investigación penal.

Cuando nació la Fiscalía General de la Nación, a ella específicamente se le confió la misión de proteger a quienes estuvieran comprendidos en la hipótesis de esta protección, con posterioridad a la creación constitucional, el primer asomo de lo que es ahora el *Programa de Protección* fue dado por la Fiscalía en la resolución interna número 208 de 1992 y posterior Decreto 1834 de 1992.

En el Fiscal General de la Nación radica la coordinación y dirección de la función de la policía judicial, que indica una relación directa con los hechos delictivos a investigar y además la supremacía en el poder investigativo sobre los fiscales quienes son delegados suyos, razón por la cual se le da supremacía directa sobre el sistema de protección.

⁵⁸ Ortiz Ricaurte, Edgar Henry, *“La protección del testigo. Derecho comparado, Legislación y Jurisprudencia 1999”*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Santafé de Bogotá, D.C. 1999, P. 10

⁵⁹ Página Web <http://www.fiscalia.gov.co/PAG/general/Sistemapenal/Proteccion.htm>

Su cobertura en la actualidad ha sido modificada, actualmente las medidas de protección que implementa la Oficina de Protección y Asistencia **se ejecutan a favor del testigo o la víctima que han intervenido en la actuación procesal y pueden extenderse a su núcleo familiar, a las personas a cargo y aquellas cuya relación directa con el testigo o la víctima genera situaciones comprobadas de amenaza y riesgo.** En el marco del Sistema Penal Acusatorio que en la actualidad se implementa en Colombia, no se exige la intervención procesal previa a la incorporación al Programa de Protección, en el entendido que el testigo o la víctima-testigo sólo adquieren tal calidad en el juicio.

La Oficina de Protección ha diseñado una estructura que obedece al marco funcional, en armonía con las políticas sobre protección que diseñe el Fiscal General de la Nación.

Se puede acceder a los beneficios del Programa de Protección y Asistencia por solicitud de:

- El testigo, la víctima o interviniente procesal.
- La autoridad judicial, esto es, el fiscal o el juez de conocimiento o el juez con funciones de control de garantías.
- La policía judicial.
- La Procuraduría General de la Nación.
- La Defensoría del Pueblo.
- Las personerías municipales.

Asimismo el programa no incluye en sus vinculaciones a personas que ya se encuentran protegidas por otro organismo estatal y aquellas que no expresan su voluntad y consentimiento para ser incluidos en el mismo.

Una de las dificultades más frecuentes que se ha presentado respecto al esquema de protección colombiano es respecto al papel que desempeña cada

uno de los sujetos de la protección, para eso es conveniente entender las etapas del proceso y su incidencia para la protección.

En primer lugar encontramos el testimonio tomado en la etapa de la investigación preliminar, en la cual no es dable afirmar la existencia de un proceso penal, ya que no se trata de una investigación formal, no encontramos solo ante la expectativa necesaria para producir o bien la apertura del proceso, o simplemente una resolución inhibitoria.

El testimonio tomado durante el proceso en la etapa del sumario, que es por esencia la cobertura del sistema de protección, porque es aquí donde se da la existencia de los elementos probatorios en cabeza del fiscal del proceso.

Finalmente el testimonio tomado en la etapa de juicio, aquí no encontramos con que le corresponde al juez de conocimiento, ante la petición del testigo, solicitar la protección a los organismos correspondientes.

Durante el proceso cuando el testigo solicita protección, el Juez de conocimiento o el Fiscal del proceso, dependiendo de la etapa en que se encuentre, entendiéndose que se trata de una afirmación verbal, solicitud **la cual no debe anotarse en el proceso penal sino en una carpeta la cual reposará en los archivos administrativos de la Oficina esto pues se considera que su carácter no tiene incidencia en el debate o conflicto jurídico**, podemos observar que como lo menciona en su libro Edgar Henry Ortiz Ricaurte, la naturaleza de este sistema de protección no es judicial, sino administrativa, esto ya que su fundamento no es judicial y por tanto no es considerado como parte del proceso penal, en cuyo caso debería ser del conocimiento de los sujetos procesales.

La carpeta administrativa no es insertada en la investigación penal, sino que forma parte del archivo administrativo del despacho (con la precaución de no ser

posible conocerla ni siquiera para los demás funcionarios de tal dependencia-reserva legal), la cual al cambiar de funcionario de conocimiento será remitida a fin de continuar con el proceso interno de la Oficina de Protección.

Para el ingreso de un testigo a la protección es necesaria una evaluación, la cual es la verificación de aquellos aspectos objetivos y subjetivos que rodean al

testigo y su familia en vías de acceder al sistema de protección, esto se efectúa mediante personal especializado de la Oficina de protección, el Grupo de Evaluación de Amenaza y Riesgo, el cual en el término máximo de 10 días, investiga la situación orientando al sistema de protección sobre si el candidato en verdad requiere de una medida de protección, finalmente se emite un concepto viable o desfavorable sobre la incorporación.

La evaluación es realizada con la necesaria profesionalidad para definir la existencia de amenaza o riesgo la cual debe provenir de la intervención procesal y no de otras circunstancias ajenas al proceso mismo, esta debe versar sobre todas las circunstancias que rodean al testigo y su entorno familiar, observándose concienzudamente y bajo todos los ámbitos los aspectos socioeconómicos del protegido y su familia, el psicológico y el médico, significando la posibilidad de estudiar otras cuestiones que resulten necesarios para la obtención de una verdadera referencia del caso, todos los puntos de esta evaluación son realizados al mismo tiempo, realizándose con la premura del tiempo que la situación exige.

b) CHILE

En Chile las causas civiles se resuelven esencialmente de modo escrito, lo mismo sucedía con los procesos criminales hasta diciembre del año 2000, es en esa fecha que comenzó a operar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de

tipo acusatorio, que introdujo la oralidad y publicidad como ejes centrales del proceso.

El antiguo sistema procesal penal se caracterizaba por ser inquisitivo, secreto y escrito, un mismo juez era quien conducía la investigación, formulaba la acusación y posteriormente dictaba sentencia para un mismo caso, siendo uno de los cambios que introdujo el nuevo sistema procesal penal, la separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar, creándose un organismo nuevo, Ministerio Público, con la figura central del fiscal, para el ejercicio de las funciones de investigación y acusación, y reservando para los jueces la función de juzgamiento (Tribunal de Juicio Oral) y de control de garantías constitucionales durante la etapa de investigación (Juez de Garantía).

Se crean los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. Los primeros son tribunales compuestos por uno o más jueces, que actúan en forma unipersonal, cuyas principales funciones son las de: a) otorgar autorización para la realización de diligencias de investigación que puedan implicar restricción o perturbación de derechos constitucionales, b) conocer y juzgar en las causas que se tramiten conforme a los procedimientos simplificado, abreviado y monitorio, c) controlar la ejecución de las sentencias condenatorias impuestas a las personas culpables de la comisión de un delito y que sean imputables penalmente, y de las medidas de seguridad respecto de personas que han tenido participación en la comisión del delito pero que no son responsables penalmente por ejemplo en el caso de sujetos con trastornos mentales y d) dirigir audiencias durante la investigación y resolver incidentes ocurridos durante la misma

La fundamentación de la protección a testigos en Chile se encuentran en el artículo 80 A de su Constitución Política, el cual señala que una de las tres funciones del Ministerio Público es la adopción de medidas de protección de

víctimas y testigos, de esta manera, la función de protección se transforma en un deber del Ministerio Público por mandato constitucional.

Por su parte el Código Procesal Penal contiene normas más concretas sobre la protección de víctimas y/o testigos mediante las cuales se desarrollan las normas constitucionales sobre la materia, es así que su artículo 6 inciso 1º, reitera el deber que asiste al Ministerio Público de proteger a las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal, añadiendo además que corresponde al tribunal; entendiéndose por este al juez de garantía, al tribunal de juicio oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema, según resulte del contexto de la disposición que se utilice; garantizar conforme a la ley la vigencia de los derechos de las víctimas durante el procedimiento.

Asimismo el artículo 78 de la aludida ley procesal especifica aún más los deberes de protección del Ministerio Público respecto a las víctimas, al señalar que “será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”. El mismo artículo establece que los fiscales están obligados a: “Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados”. Observamos que esta norma amplía el deber de protección del Ministerio Público hacia la familia de la víctima.

Al respecto podemos distinguir dos grandes tipos de medidas de protección que puede adoptar el fiscal:

Medidas autónomas de protección

Son aquellas que el fiscal puede adoptar en beneficio de víctimas o testigos sin necesidad de autorización judicial previa, pues estas no afectan los derechos del imputado, entre ellas destacan:

- Medidas de protección que implican la participación de la policía, tales como rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio del testigo, consultas telefónicas periódicas de la policía al testigo, etc.
- Botones de emergencia instalados por el Ministerio Público en el domicilio del sujeto protegido o alarmas personales de ruido.
- Cambio de domicilio temporal o definitivo del sujeto protegido.
- Cambio de número telefónico del sujeto protegido.
- Aseguramiento y defensas a la estructura del domicilio del sujeto.
- Entrega de teléfonos celulares.

Medidas de protección que requieren autorización judicial

Son aquellas en que el fiscal requiere de la autorización del tribunal para poder decretarlas, por afectar derechos de intervinientes o de terceros, o por requerirlo así la ley, algunas de las más importantes son:

- Las medidas cautelares personales, tales como la prisión preventiva del imputado y otras medidas restrictivas de su libertad, tales como la obligación de no frecuentar determinados lugares o personas.
- El cambio de identidad contemplado en leyes especiales.
- La reserva de identidad del testigo durante el juicio oral.
- Diversas medidas de protección en el juicio oral, tales como las que contempla el artículo 289 del Código Procesal Penal, las cuales son adoptadas por el tribunal, a petición de parte y por resolución fundada, algunas de las cuales son impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectue la audiencia, impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas y prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a

sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

CAPÍTULO SEXTO

PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DEL TESTIGO PROTEGIDO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

6.1 LA NECESIDAD DE ADECUAR EL MARCO LEGAL DEL TESTIGO PROTEGIDO

El día nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal presentó a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas la resolución 53/111 en la cual se decidió establecer un comité especial intergubernamental para elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y para examinar la creación de instrumentos internacionales para combatir diversos delitos como la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícito de migrantes, siendo aprobada por unanimidad.

Como quedo mencionado en capítulos anteriores, el trece de diciembre de dos mil fue suscrita la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional por los Estados Unidos Mexicanos como miembro de la Organización de las Naciones Unidas y es a partir de ese momento que el Estado mexicano se comprometió a establecer los mecanismos jurídicos y sociales necesarios en la nación para preparar el terreno de adopción del tratado denominado "CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL". La Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores el veintidós de octubre de dos mil dos, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de dos de diciembre siguiente.

Nuestro país depositó el instrumento de ratificación de esta Convención y sus protocolos adicionales ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el cuatro de marzo de dos mil tres y entró en vigor el once de abril del mismo año en que se publicó. Durante este periodo nuestro país fue un promotor activo de la Convención, adicionalmente, ya había un antecedente nacional en la ley especial multicitada; así daba inicio el debate sobre el periodo que media entre la vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y el surgimiento del tratado internacional ratificado por nuestro país. En esencia, la ley especial entró en vigor en mil novecientos noventa y seis; es decir, siete años antes que la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". Este hecho no sería relevante si no hubiese una discusión sobre diversos preceptos de la ley, como la protección de testigos.⁶⁰

Si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no preveía disposición alguna relacionada con la delincuencia organizada, se pretendió eliminar esa laguna jurídica con una serie de reformas constitucionales, como el artículo 16, párrafo séptimo, ahora octavo, y finalmente con la entrada en vigor de la Convención, asimismo, dicho tratado dio sustento legal a la ley de excepción.

Haciendo eco de la multicitada Convención, el artículo 20 de nuestra Carta Magna destaca que “la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”, la ley Federal contra la Delincuencia Organizada determina el catalogo aplicable al respecto señalando que al inculpado que coopere se le puede ofrecer la reducción de su condena hasta la mitad para ampliar los alcances de estas disposiciones, no más.

⁶⁰ López Benítez, Lilia Mónica, Op. Cit. Págs. 145 y 146.

En el plano internacional se ha insistido que México aún debe hacer mucho más frente a las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales si es que quiere resultados más significativos.

Se da pie entonces a comenzar la discusión sobre la figura del testigo protegido en nuestro país, a través del estudio que venimos realizando hemos visto que la figura de protección al testigo nace por una necesidad de adecuarse a las situaciones de delincuencia que acontecen actualmente dentro de la sociedad, así vemos que esta figura ha tomado presencia en varios países adoptando particularidades en cada uno de ellos.

Para los fines de la realización de la presente y en especial para cubrir el estudio del capítulo a desarrollar, me permitiré a continuación desplegar diversas notas publicadas tanto en periódicos como en revistas de información y análisis de actualidad, las cuales nos permitirán entender la forma en que la protección a testigos dentro de nuestro país es exhibida ante los ojos de la población.

Dicho lo anterior procederemos a realizar la transcripción de diversas notas periodísticas que permiten observar superficialmente la forma en que hasta el momento se sobreentendía la protección a testigos en nuestro país ya que de las mismas se prestaba fácilmente a dejar mucho a la imaginación al no encontrarse regulada en forma alguna en algún documento específico.

Periódico La Jornada jueves 4 de noviembre de 2010⁶¹

*El Grande ha solicitado ser testigo protegido,
afirman funcionarios*

*Sergio Villarreal Barragán, El Grande, ha buscado
que la Subprocuraduría de Investigación Especializada en*

⁶¹ Periódico *La Jornada* de jueves 4 de noviembre de 2010

Delincuencia Organizada (SIEDO) lo incluya en el programa de testigos protegidos con el fin de no ir a prisión. Sin embargo, la dependencia solamente le ha ofrecido una reducción de la sentencia que podría recibir por los delitos de los que se le acuse.

...

*Funcionarios de la SIEDO señalaron que a un día después de haber sido puesto a disposición por parte de la Secretaría de Marina, El Grande comenzó con sus peticiones **para ser testigo colaborador (como se llama a los que han delinquido, pero se arrepintieron de sus ilícitos y se entregaron voluntariamente a las autoridades).***

...

En esta nota observamos que se habla no solamente de la existencia de una petición realizada por parte de un ex miembro de la delincuencia organizada para ser incluido al programa de protección a testigos, también se hace referencia al testigo colaborador, la nota señala que será aquella persona que ha delinquido pero que tras arrepentirse se entregan voluntariamente a las autoridades y es obvio que cuya finalidad será la de colaborar con la misma.

De acuerdo con datos aportados por el ensayo “*Protección de testigos contra la delincuencia organizada*” de enero de 2010 realizado por el Licenciado Gabriel Mario Santos Villareal, Investigador Parlamentario y Subdirector de Política Exterior de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados y la Licenciada Patricia Ávila Loya, Auxiliar de Investigación, oficialmente se sabe que el gobierno mexicano cuenta con un Programa de Testigos Colaboradores que fue implementado al cobijo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pero

cuyas especificidades se desconocen, es decir, las condiciones de aceptación, protección e indemnización bajo las cuales se les admite.

Igualmente señala como de 1997 a 2009, testigos que oficialmente formaban parte de dicho programa como Tomas Colsá McGregor, el comandante Jaime Olvera, el militar Humberto Capelleti, el testigo identificado como Noé, Jesús Zambada Reyes y Edgar Enrique Bayardo del Villar, fueron ejecutados por criminales en condiciones poco claras y que según informes de la Procuraduría General de la Republica, en 2002 tuvo un total de 22 testigos colaboradores y ya en 2009 dicha cantidad llego a los 411, **mismos que además de protección física, alimentación y vivienda, recibirían, según informantes del Gabinete de seguridad social, un pago de 25 a 50 millones de pesos mensuales.**

En opinión de la magistrada federal Lilia Mónica López Benítez el no contar con un programa real de protección de testigos que delimite el apoyo, permite la creación de un “vacío legal” el que impide conocer a ciencia cierta quienes son sujetos de protección, cual es el auxilio acorde a cada caso en particular, el alcance del apoyo institucional, los derechos y obligaciones del protegido, los límites de la protección y el presupuesto con que se cuenta para cumplir con tales fines.⁶²

En su Programa Sectorial de Procuración de Justicia 2007-2012, el gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa previó la elaboración de una legislación que cubriera todo lo relacionado con la atención a testigos colaboradores, donde se mostraran estrategias y programas para atenderlos.

Periódico La Jornada miércoles 20 de septiembre de 2006⁶³

⁶² Protección de testigos como instrumento operativo en el combate contra la delincuencia organizada; Lilia Mónica López Benítez, Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Núm. 28, p. 59

⁶³ Periódico La Jornada miércoles 20 de septiembre de 2006

Matan a testigo protegido de la SIEDO en Monterrey

*Dos meses después de que le fueron retirados los escoltas que lo protegían desde hacía cuatro años, Jorge Armando Bermejo Vargas, ex comandante de la Policía Federal Preventiva (PFP) y **testigo protegido de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO)** de la Procuraduría General de la República (PGR),*

...

Bermejo Vargas fue testigo protegido en el consejo de guerra que en 2002 se instruyó contra los generales de división del Ejército Mexicano Francisco Quirós Hermosillo y Arturo Acosta Chaparro, por presunta protección al desaparecido Amado Carrillo Fuentes, El señor de los cielos, cabeza del cártel de Juárez.

En esta nota se deja entrever la existencia de una protección otorgada a un testigo, la cual se entiende que consistía en una asignación de una escolta que le otorgaba la protección al testigo para su seguridad.

Revista PROCESO de 29 de mayo de 2011, No. 1804⁶⁴

Los funcionarios de la SIEDO me recibieron en el aeropuerto de Toluca Estado de México, y me llevaron al área de delitos contra la salud, donde me entreviste con Mario Arzave, encargado de los testigos.

⁶⁴ Revista "Proceso" de 29 de mayo de 2011, Edición No. 1804

*“Después de plantearle mi situación **me pregunto si quería acogerme al programa de testigos protegidos**. Dijo que me iba a apoyar con protección y que se investigaría a fondo el crimen de mis familiares... Ahora me arrepiento.”*

...

*Después **de ingresar al programa de testigos protegidos**, el 17 de enero de 2007, a Carlos Iván Meraz Medina le fue asignada la clave Mario.*

De la anterior lectura encontramos algunos detalles como son la propuesta para ingresar al programa de testigos protegidos sobre la cual no se hace mención sobre si conlleva formalidad alguna para el ingreso al mismo la cual permita saber si es un testigo apto para ingresar a dicho programa, y de igual forma hace referencia a la asignación de una clave la cual tendrá como finalidad proteger la identidad del testigo.

Nos encontramos con que a pesar de que en medios cotidianamente se hace referencia de la existencia de un programa de protección a testigos, la información pública sobre estos programas es generalmente nula y da lugar a la duda si no al desconocimiento absoluto que permita saber en qué consiste tanto la protección, los criterios de admisión a la misma, los procedimientos, los encargados de ejecutarlos, los derechos y obligaciones de las partes y la confidencialidad que se manejaría en las operaciones del programa, esto último punto siendo muy importante si tomamos en cuenta que esta confidencialidad podría en apariencia entrar en conflicto con las garantías del inculpado, así como con el acceso de toda persona a la información, sin embargo al respecto queda más que claro que en la correspondiente ley de acceso a la información se encuentran contempladas excepciones en la divulgación de la información la cual

pueda causar un daño al interés público jurídicamente protegido, tales como la seguridad pública o la seguridad nacional, así como por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas.

El día 25 de noviembre de 2011 en el Periódico La Jornada apareció una nota relativa a la aprobación de la Ley de protección a testigos la cual señalaba que el día 24 de noviembre la Cámara de Diputados aprobó la **Ley Federal de Protección a Testigos**, que incorpora las figuras de “personas protegidas” y “testigo colaborador”, para quienes ofrezcan información o estén en riesgo de haber sido testigos de crímenes de la delincuencia organizada, y que por esa razón formarán parte de un programa de cobertura a cargo de la Procuraduría General de la República.⁶⁵

Al respecto de la citada aprobación de Ley, en la revista proceso edición No. 1855 de 20 de mayo de 2012 en la nota relativa a la Ley de testigo protegidos se señala que dicha Ley la cual fue aprobada por la cámara de Diputados, no termina con la controversia generada por el uso indebido de la figura del testigo protegido por parte de la Procuraduría General de la República (PGR), que ofrece los beneficios del programa a cambio de información. La empeora.⁶⁶

Asimismo se señala que en el dictamen, que contó con el respaldo de todos los grupos parlamentarios prevé la creación de un Centro Federal de Protección a Personas, cuyo director nombrado por el Presidente de la República a propuesta del procurador, será el único con la facultad de aceptar o revocar la permanencia de una persona en el programa mediante la realización de estudios técnicos que determinen el grado de existencia de riesgos para los testigos o víctimas de un delito.

⁶⁵ Periódico La Jornada Viernes 25 de noviembre de 2011

⁶⁶ Revista “Proceso” de 20 de mayo de 2012, Edición No. 1855

El decreto de esta Ley señala en uno de sus párrafos la necesidad de contar con una regulación clara de “cómo y en qué condiciones la autoridades deben captar y valorar los testimonios, como sucede en Italia en la Corte Europea, donde exigen que los testigos protegidos sean tratados con absoluto cuidado y no sean manipulados por la autoridad que los tiene a su cargo”.

Vemos a través de todas las reflexiones que anteceden respecto al tema que es importante la necesidad de adecuar el marco legal del testigo protegido para que quede claro y contenido en un documento específico que no significa que nos lleguemos a encontrar a merced de denuncias anónimas o que quien se atreva a colaborar se encuentra en riesgo ante el crimen, si no que todo esto estará regulado para un eficaz funcionamiento de la figura.

6.2 LOS TESTIGOS FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Como hemos podido constatar a lo largo del análisis realizado en el presente trabajo, la protección que se otorga a las personas que intervienen en el proceso penal es referida en forma general a toda aquella persona que interviniendo en el mismo requiera dicha protección, en el caso de la delincuencia organizada haremos referencia particularizada a los tipos de testigos ante los cuales nos podríamos encontrar.

En el caso de la delincuencia organizada, el testimonio es una prueba importante del proceso, pues si analizamos por un momento la naturaleza de las organizaciones criminales, nos encontraremos con que sus estructuras son altamente funcionales y de difícil identificación dada su complejidad estructural por lo tanto el testimonio es un elemento clave para vencer este obstáculo.

En primer lugar hablaremos de la víctima-testigo, término que es referido por Alfredo Dagdug Kalife en su libro *la prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, en donde señala que este sera aquella persona en la que recae el

hecho ilícito que lesiona o pone en peligro sus bienes jurídicos protegidos y que por dicha situación se encuentra legitimada, en términos generales, a denunciar el hecho, entablar la acusación particular o privada, o bien a coadyuvar con el ministerio público en la acusación pública. Por su vínculo con el hecho criminal, se encuentra, generalmente, en posición de aportar pruebas e inclusive de constituirse como testigo de cargo (víctima-testigo), pues tiene la expectativa de lograr la condena del infractor así como el resarcimiento de los daños sufridos a causa del suceso delictivo.⁶⁷

Como concepto dado a esta figura, se entiende como **víctima-testigo**, a aquel sujeto, persona física, que siendo o no titular del bien jurídico protegido, el cual ha sido lesionado o puesto en peligro, ha percibido de forma directa, o bien, indirecta, el hecho probablemente delictivo; y una vez que es citado en calidad de testigo, realiza ante la autoridad competente una declaración, es importante hacer la observación de que la víctima, desde el momento en que se comete el hecho delictivo hasta, quizá, con posterioridad a la ejecución de la sentencia, se puede encontrar sometida a una serie de presiones y riesgos de grave peligrosidad.

Es fácil entender la figura antes referida, es en palabras simples, la víctima del delito y por tanto al encontrarse en esa posición y por la experiencia sufrida, le constan hechos que son relevantes para poder sumar una pieza más que permitirá penetrar las complejas estructuras de la delincuencia organizada, y como el párrafo que antecede quedo mencionado esta víctima queda esta fácilmente expuesta a riesgos derivados de su situación.

Por otra parte encontramos al **testigo colaborador**, nos encontramos con que esta clase de declaración se ha empezado a considerar desde hace no mucho tiempo como un instrumento idóneo de lucha contra la delincuencia organizada y ha cobrado importancia sobre todo como lo observamos en la actualidad, la

⁶⁷ Dagdug Kalife, Alfredo; *“La prueba testimonial ante la delincuencia organizada”*, Edit. Porrúa, México 2006, p. 105

utilización de la declaración del imputado que colabora con la administración de justicia tiene como finalidad medular el conocimiento de los grupos criminales a los que pertenecen, desde sus estructuras, formas de operar, quienes los componen, y además se utiliza para evitar consecuencias ulteriores como la comisión de nuevos hechos delictivos por parte de una organización criminal determinada.⁶⁸

Es obvio que no hay nadie que pueda conocer mejor el funcionamiento y las estructuras de estos grupos que quienes participan directamente en estos, en este caso incluso podríamos encontrarnos frente al **testigo privado de la libertad**.

Podríamos encontrarnos también frente a la hipótesis del **encubrimiento de agentes**, esto es una figura novedosa dentro del ámbito jurídico nacional que busca el perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas provenientes de la Delincuencia Organizada, la figura del agente encubierto o infiltración de agente la encontramos prevista en la parte final del artículo 11 de la LFDO que señala:

*“Artículo 11.- En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. **Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.***

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.”

⁶⁸ Ibid., p. 199

Sin embargo esta figura y su entendimiento es aún muy limitado ya que no se establecen los límites ni las directrices a los cuales deberían sujetar la autorización y alcances investigativos de los agentes encubiertos, esto es, hasta dónde puede llegar su actividad, el objeto primordial del agente encubierto se entiende como la necesidad de tomar medidas especiales para el aseguramiento de pruebas a fin de identificar, individualizar o capturar a los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o consumación de conductas punibles, determinar la procedencia de la acción penal, recabar pruebas, atender solicitudes de asistencia judicial internacional, determinar el origen de los bienes y, ubicar a las víctimas y por lo tanto es necesario considerarlo dentro de las medidas de protección, esto derivado de su intervención en la investigación por lo cual puede encontrarse en una situación de riesgo.⁶⁹

Finalmente para dar paso a las conclusiones derivadas del trabajo de investigación realizado podemos decir que es necesario contar con un instrumento que regule la protección que se da a los testigos que intervienen en el proceso penal ya que como fue anteriormente analizado, la prueba reconstruye la realidad pretérita en la que se produjo un hecho, nos conduce a la verdad histórica, de ahí la importancia del testigo quien conoció los hechos y es la persona en posesión de la información necesaria para reconstruir un hecho o una realidad suscitada en el pasado y que es necesaria en el presente para deliberar y así generar convicción en el juzgador, es por esto de suma importancia asegurarse de que la colaboración y el desarrollo de la prueba testimonial se pueda dar dentro de un ámbito que sea protector de los intervinientes en el proceso penal y que este correctamente establecido y regulado.

⁶⁹ Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro E. Alejandro, Op Cit. P.188

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Hablamos de que el fin específico de todo proceso es esclarecer lo que se denomina verdad histórica, es *decir* **asegurarnos de la realidad de ciertos conocimientos**, hechos realizados en el tiempo y en el espacio

SEGUNDA.- Asimismo como lo analizamos concluimos que a través de los medios de probar se obtienen determinados datos, que al ser analizados y valorados por el juez, estos le **provocan un estado de persuasión o de certeza, verdad, verosimilitud o bien de duda en relación con el hecho que necesita la demostración para poder emitir una sentencia justa.**

TERCERA.- La prueba testimonial es notoriamente trascendental en el proceso penal ya que aparece en la mayoría de los hechos delictivos, el testigo, es la persona física, diferente a las partes en el proceso **quien conoció directamente los hechos a través de sus sentidos**, mismo que se encuentran relacionados con la litis.

CUARTA.- Es necesario **replantear la prueba testimonial ante la delincuencia organizada**, en virtud de que ante este fenómeno es difícil encontrar testigos absolutamente ajenos al proceso y, por tanto, imparciales y objetivos.

QUINTA.- El otorgamiento de brindar una protección **se deriva de razones de seguridad, ante la existencia de un riesgo fundado de que se pudiera atender contra la seguridad de las personas** que han decidido colaborar para combatir a la delincuencia organizada

SEXTA.- Lo que se busca es que **el testigo pueda ser constreñido o exhortado al cumplimiento de las obligaciones inherentes de esta función**, como son la comparecencia y la declaración de ciencia o de verdad y, a su vez, tomar criterios

de la lógica y la experiencia para valorar dichas declaraciones **con el cuidado y cautela que cada tipo de testigo requiera.**

SEPTIMA.- El testigo protegido relacionado con el crimen organizado, es un sujeto predispuesto para la obtención de fuentes de pruebas. **Resulta realmente difícil encontrar testigos de los que pudiéramos denominar ordinarios o comunes,** pues se trata de un fenómeno delictivo que nada tienen de ordinario, que es hermético y complejo en su operatividad.

OCTAVA.- Cada tipo de testigo protegido tiene particularidades derivadas de su participación y expectativas diferentes, las cuales deben ser satisfechas con plenitud **para lograr tanto la colaboración específica en un caso concreto como el flujo de colaboración testifical en el futuro.**

NOVENA.- Las facultades, necesidades, expectativas, incentivos, premios y protecciones que les sean proporcionadas a los testigos protegidos, deben procurar en todo momento **no interferir con los derechos de los otros interesados.**

DÉCIMA.- En este sentido, las necesidades, expectativas y protecciones que se le otorguen al testigo protegido **no pueden vulnerar el derecho mínimo y suficiente del núcleo esencial de defensa del imputado;** por su parte, los premios, inmunidades y protecciones que se le proporcionen, en su caso, al arrepentido **no pueden vulnerar el derecho mínimo y suficiente de defensa del imputado.**

DÉCIMA PRIMERA.- Las necesidades, expectativas y protecciones otorgadas a los testigos protegidos **no deben chocar con las necesidades y expectativas victimales,** y asimismo las facultades concedidas a los sujetos predispuestos para la obtención de fuentes de prueba tienen que respetar los derechos fundamentales de los investigados.

DÉCIMA SEGUNDA.- En cuanto a las diversas formas en las que el testigo protegido puede colaborar, consideramos, se encuentran las siguientes: **evitar consecuencias ulteriores del ilícito penal; la aportación de fuentes probatorias; su deposición testifical con respecto a los hechos ilícitos y a sus probables responsables identificación de otros partícipes del hecho criminal, y la aportación necesaria para desarticular a un grupo criminal.**

DÉCIMA TERCERA.- La figura del testigo protegido **otorga una seguridad y privilegios a quien coopera con el Estado,** de tal forma que **su testimonio resulta eficiente en la impartición de justicia federal, ya que garantiza su seguridad.**

DÉCIMA CUARTA.- Es imprescindible **la adecuación del marco legal de nuestro país respecto a la figura del testigo protegido debiendo cumplir con los ordenamientos internacionales,** a través de los cuales se pueda lograr que México se encuentre a la vanguardia en cuanto al sistema procesal se refiere al establecer un Programa de Protección de Testigos.

PROYECTO PARA REGULAR AL TESTIGO PROTEGIDO.

Artículo primero. El presente reglamento es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones sin de orden publico e interés social, y tiene por objeto regular el programa federal de protección a testigos.

Artículo segundo. Para los efectos de este reglamento, se entenderá por:

- | | | |
|------|-----------------|---|
| I. | Dirección | A la Dirección General de Protección a Testigos, área interna de la Subprocuraduría de Investigación especializada en Delincuencia Organizada |
| II. | Procuraduría | A la Procuraduría General de la Republica |
| III. | Programa | Al Programa Federal de Protección a Testigos |
| IV. | Subprocuraduría | A la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada |

V. Testigo

A aquella persona, testigo protegido, quien ante un riesgo fundado le es garantizada protección contra las eventuales represalias de las que pudiera ser objeto mediante el Programa Federal de Protección a Testigos.

Artículo tercero. La aplicación del presente reglamento corresponde a la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada por medio de la Dirección General de Protección a Testigos.

Artículo cuarto. En todas las relaciones entre la Subprocuraduría y el testigo protegido deberá prevalecer la transparencia en los procedimientos aplicados para obtener el resultado jurídico esperado en el procedimiento penal.

Artículo quinto. La Subprocuraduría deberá analizar el ingreso del testigo al programa, realizando una evaluación de aquellos aspectos objetivos y subjetivos que rodean al testigo y su familia en vías de acceder al sistema de protección, esto es, la evaluación del riesgo y amenaza para establecer el grado de seguridad o protección que se debe constituir para el caso en particular; así como la evaluación personal, esto es, de las circunstancias que rodean al testigo, su entorno familiar y el contexto sociocultural en que se desarrolla.

Artículo sexto. La solicitud de incorporación al programa de protección podrá realizarla la persona interesada en recibir tal protección derivada de su participación como testigo en el proceso penal, ante situación de riesgo o peligro fundado; así como el Ministerio Público responsable del procedimiento o el Juez que conozca del mismo, tanto dicha solicitud como todas las actuaciones relacionadas con las medidas de protección otorgadas permanecerá dentro de una carpeta la cual reposará en los archivos administrativos de la Subprocuraduría y será estrictamente protegida y con acceso restringido por la Dirección correspondiente.

Artículo séptimo. La Subprocuraduría, deberá informar al testigo sus derechos y obligaciones durante su actividad preprocesal y procesal.

Artículo octavo. La Subprocuraduría deberá informar al testigo, durante y posterior al desempeño de su función su situación jurídica, la cual constará en un documento firmado por las partes.

Artículo noveno. La Subprocuraduría estará obligada a respetar las garantías individuales del testigo durante su participación en Averiguación Previa y en el proceso penal.

Artículo décimo. La Subprocuraduría estará obligada a respetar la garantía de libertad de expresión del testigo.

Artículo decimo primero. La Subprocuraduría deberá respetar las garantías individuales de los familiares y amistades del testigo protegido.

Artículo décimo segundo. La Subprocuraduría está obligada a vigilar que lo expresado por el testigo durante su participación sea escrito tal como lo expresó en las audiencias respectivas y sancionará administrativamente a quien modifique lo expresado por el testigo protegido durante su participación preprocesal o procesal.

Artículo décimo tercero. Tanto el testigo protegido, como la Subprocuraduría, están facultados para acudir ante la instancia superior, es decir la Procuraduría, en el caso de violación o incumplimiento del acuerdo firmado entre ambos para el desarrollo de las audiencias a que hubiere lugar.

Artículo décimo cuarto. La Subprocuraduría se compromete a no desvirtuar las declaraciones del testigo, absteniéndose de utilizarlas como una confesión.

Artículo décimo quinto. Las declaraciones emitidas por el testigo protegido ante la Subprocuraduría, deberán ser valoradas por un equipo multidisciplinario a efecto de una adecuada apreciación de la idoneidad de su testimonio.

Artículo décimo sexto. La Subprocuraduría se compromete a permitir la adecuada asesoría jurídica al testigo protegido durante el desarrollo de su testimonio.

Artículo décimo séptimo. La Subprocuraduría se obliga a proporcionar al testigo la protección integral adecuada para evitar que sea amenazado para que declare falsedades que distorsionen su testimonio.

Artículo decimo octavo. Las medidas de protección previstas en este instrumento están divididas en dos grados consistentes en lo siguiente:

a) Medidas de protección de primer grado o principales:

- I. Asistencia médica y psicológica.
- II. Cambio de número telefónico del sujeto protegido.
- III. Rondas periódicas de miembros de la policía al domicilio del testigo así como consultas telefónicas periódicas de la policía al testigo.
- IV. Apoyo económico derivado de la evaluación correspondiente que determine si lo amerita; consistente en alimentos, transporte, vivienda, así como apoyo para la reinserción laboral todo lo anterior mientras el sujeto de la protección se encuentre imposibilitado para conseguirlo por si mismo.
- V. La reserva de identidad del testigo durante el proceso penal.

b) Medidas de protección de segundo grado o complementarias:

- I. Cambio de domicilio temporal o definitivo del sujeto protegido, comprendiendo esta reubicación también la cuestión laboral y académica.
- II. En casos excepcionales por la situación de riesgo podrán facilitarse los documentos para el cambio de identidad.

Artículo décimo noveno. La Subprocuraduría se compromete a permitir que tanto el testigo protegido como su asesor jurídico lean lo declarado, dándoles el tiempo necesario para la revisión del testimonio de tal manera que coincidan lo declarado con lo escrito.

BIBLIOGRAFÍA.

ALFREDO DAGDUG KALIFE “La prueba testimonial ante la delincuencia organizada”, Edit. Porrúa, México 2006.

BLANCO ESCANDÓN CELIA “Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México Distrito Federal” 2004.

CARLOS M. OROÑOZ SANTANA “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editorial Cárdenas. México Distrito Federal 1983.

EDGAR HENRY ORTIZ RICAURTE “La protección del testigo. Derecho comparado, Legislación y Jurisprudencia 1999”, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Santafé de Bogotá, D.C. 1999.

EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ “Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado” Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM y Senado de la República, LVI Legislatura, México. 1996.

ENRIQUE, DÍAZ-ARANDA, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Porrúa, México 2008.

FERNANDO ARILLA BAS “El Procedimiento Penal Mexicano”, 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999.

FRANZ VON LISZT “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I. Traducido por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus, Madrid s/f.

GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, Y E. ALEJANDRO SANTOYO CASTRO, “Crimen Organizado. Realidad Jurídica y Herramientas de Investigación”, México, Porrúa, 2010.

GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal.

JOSÉ OVALLE FAVELA “Teoría general del proceso”; México, edit. Harla, 1991.

JOSÉ HERNÁNDEZ ACERO “Apuntes de Derecho Procesal Penal” edit. Porrúa, México 2000, primera edición.

JOSEPH LOUIS ELZÉAR ORTOLÁN “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, traducción de Melquiades Pérez Rivas, Madrid España 1878.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE “Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, 9ª edición, México

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO “Programa de Derecho Procesal Penal Mexicano”. Edit. Porrúa, México Distrito Federal 2005.

LUIS ALONSO BRUCET ANAYA “El Crimen Organizado. (Origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)”, Editorial Porrúa, México 2001.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA “La Teoría Jurídica del Delito”, Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958.

LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA. “Criminología”. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1996.

LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ “Protección de testigos en el derecho penal mexicano”, editorial Porrúa, México 2009.

MANUEL RIVERA SILVA “El Procedimiento Penal”. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999.

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ “La delincuencia organizada”, ponencia en el marco de la Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico, PGR, México, 1993.

RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO “Derecho Penal Mexicano”, 18ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998.

RAÚL ZAFFARONI “Manual de Derecho Penal”, Editorial Cárdenas Editores. México Distrito Federal 1986.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ “Derecho Procesal Penal”, Editorial Porrúa, México Distrito Federal 1974.

HEMEROGRAFÍA.

FERNANDO GÓMEZ MONT. *“POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA”*. REVISTA DE POLÍTICA CRIMINAL Y CIENCIAS PENALES. MÉXICO DISTRITO FEDERAL 1999.

SAMUEL GONZÁLEZ RUIZ. CÉSAR ANTONIO PRIETO PALMA Y JOSÉ LUIS SANTIAGO VASCONCELOS. PONENCIA *“HACIA UNA NUEVA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE AUTOR COLECTIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL”*. REFLEXIONES EN TORNO A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ITAM. MÉXICO DISTRITO FEDERAL 2005.

LIC. GABRIEL MARIO SANTOS VILLARREAL, INVESTIGADOR PARLAMENTARIO, SUBDIRECTOR DE POLÍTICA EXTERIOR. LIC. PATRICIA AVILA LOYA. AUXILIAR DE INVESTIGACIÓN. *“PROTECCIÓN DE TESTIGOS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA”*. SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS. SUBDIRECCIÓN DE POLÍTICA EXTERIOR. ENERO DE 2010.

LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ. MAGISTRADA DEL NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. *“PROTECCIÓN DE TESTIGOS COMO INSTRUMENTO OPERATIVO EN EL COMBATE CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA”*, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL. NÚM. 28.

ALFREDO VALADEZ, ANTONIO HERAS, JAVIER VALDEZ Y ERNESTO MARTINEZ CORRESPONSALES *“MATAN A TESTIGO PROTEGIDO DE LA SIEDO EN MONTERREY”* PERIÓDICO LA JORNADA MIÉRCOLES 20 DE SEPTIEMBRE DE 2006

GUSTAVO CASTILLO Y RUBICELA MORELOS. *“EL GRANDE HA SOLICITADO SER TESTIGO PROTEGIDO, AFIRMAN FUNCIONARIOS”*. LA JORNADA, JUEVES 4 DE NOVIEMBRE DE 2010.

ROBERTO GARDUÑO Y ENRIQUE MÉNDEZ. *“APRUEBAN LEY DE PROTECCIÓN A TESTIGOS”* PERIÓDICO LA JORNADA VIERNES 25 DE NOVIEMBRE DE 2011

REVISTA “PROCESO” DE 29 DE MAYO DE 2011, EDICIÓN NO. 1804

REVISTA “PROCESO” DE 20 DE MAYO DE 2012, EDICIÓN NO. 1855

PAREDES PÉREZ, ROGELIO. ANALES DE JURISPRUDENCIA AÑO 10 QUINTA ÉPOCA, NO. 235 ENERO-MARZO (1999)

PROTECCIÓN DE TESTIGOS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, PUBLICACIÓN DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, INFORMACIÓN Y ANÁLISIS, DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS Y SUBDIRECCIÓN DE POLÍTICA EXTERIOR DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS LXI LEGISLATURA, FRAGMENTO EXTRAÍDO DEL LIBRO DE JEREMIE BETHAM *TRAITE DES PREUVES JUDICIAIRES*.

LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA, PROBLEMAS, RETOS Y PERSPECTIVAS,
PGR, MÉXICO, 1993.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. EDITORIAL PORRÚA.
MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

ÁLVARO BÚNSTER. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 8ª. EDICIÓN.
EDITORIAL PORRÚA-UNAM. TOMO D-H. MÉXICO DISTRITO FEDERAL
1995.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
EDITORIAL SISTA. MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. EDITORIAL
SISTA. MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. EDITORIAL SISTA. MÉXICO DISTRITO
FEDERAL.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL SISTA.
MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. EDITORIAL SISTA.
MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
EDITORIAL SISTA. MÉXICO DISTRITO FEDERAL.

PÁGINAS WEB.

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

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

http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/United_States_Federal_Witness_Protection_Program

<http://www.publicsafety.gc.ca/abt/dpr/le/wppa2006-7-fra.aspx>

http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=testigo

http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=delincuencia

http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=organizada

http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prueba

<http://www.eluniversal.com.mx/nacion/163251.html>, Nota: “NARCOS INFILTRARON A MARSHALS DE NARCO” Carlos Benavides, El Universal, Miércoles 29 de octubre de 2008

<http://www.usmarshals.gov/witsec/index.html>, “Witness Security Program”

<http://www.fiscalia.gov.co/PAG/general/Sistemapenal/Proteccion.htm>