

194



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

"ANALISIS CRITICO AL ARTICULO 29 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA"



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA MIGUEL ANGEL MORALES GOMEZ

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA



ACATLAN, EDO DE MEX.

JULIO 2000

280758



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.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa la Licenciada Claudia Sánchez Gil, a quien le debo un eterno agradecimiento por el apoyo y cariño que siempre he recibido de ella, por lo que le dedico este trabajo como muestra de mi amor por ella y por significar un incentivo para seguir a diario ese esfuerzo por ser un mejor ser humano.

Ami madre la señora Sara Gómez Hernández, quien siempre me demostró su amor y apoyo y quien significó para mi un ejemplo de vida, por lo que le dedico este trabajo, como un regalo a su enorme esfuerzo.

A mi padre el Licenciado Miguel Angel Morales Flores, quien ha significado un ejemplo del esfuerzo que un abogado y un profesionista debe demostrar en el ejercicio diario que la vida impone y que ha sido quien me ha enseñado lo que esta profesión exige.

Al Licenciado Antonio González Fuentes, quien con su ejemplo demostró siempre que la profesión del abogado es la más digna y la más recta.

A todos aquellos que colaboraron de alguna manera en la realización de este trabajo, mi eterna gratitud.

CAPITULADO

I.- DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

1.1 CONCEPTO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1.2 ORIGENES DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1.3 ESTRUCTURA DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

II.- DEL ARTICULO 29 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

2.1 EL ASEGURAMIENTO

2.2 LOS INDICIOS

2.3 LA PRESUNCION

III. - CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 29 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

3.1 EL ALCANCE JURIDICO DEL TERMINO "INDICIOS SUFICIENTES"

3.2 LA PRESUNCION COMO FUNDAMENTO

3.3 LA REVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

IV.- PROPUESTAS

4.1 LA DETERMINACION DEL TERMINO "INDICIOS SUFICIENTES"

4.2 LA BASE JURIDICA DE LA PRESUNCION COMO FUNDAMENTO DEL ACTO DE AUTORIDAD

4.3 LA LIMITACION DE LOS EFECTOS DEL ASEGURAMIENTO COMO ACTO DE AUTORIDAD (REGLAMENTACION)

CONCLUSIONES

Objetivo:

Ante el actual crecimiento de los grupos de delincuentes que atentan no sólo contra las persona en sus bienes fundamentales, como lo pueden ser sus posesiones, su libertad o su vida, sino también se ven vulnerados en aquellos valores sociales que en su conjunto posee la comunidad, el Estado Mexicano en su afán de proporcionar elementos que pudieran dar una lucha efectiva en contra de esta nueva forma de manifestación de la Delincuencia, dio vida a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Este nuevo ordenamiento establece una serie de disposiciones tanto de carácter sustantivo como adjetivo, que facultan al órgano persecutor de las conductas ilícitas, como lo es el Ministerio Público de la Federación, para que a su consideración y bajo supervisión del Poder Judicial Federal, tome ciertas medidas que le garanticen la efectiva realización de su encargo constitucional, más ahora que esta Institución ha sido tan cuestionada por los pobres resultados presentados.

Una de estas figuras que en este caso es objeto de análisis del presente trabajo es el aseguramiento de Bienes, que resulta de los datos que arrojan las investigaciones de la integración de la correspondiente averiguación previa, pero que en el presente caso consideramos adolece de una correcta reglamentación, así como ahora en forma indebida se rompe con el tradicional principio de inocencia que prevaleció como una institución en nuestro ordenamiento penal.

Así entonces el principal objetivo en el caso que nos ocupa, es el de señalar estas imprecisiones, los riesgos que se corren al adoptar estas nuevas disposiciones y el socorrerse de este tipo de soluciones, a fin de evitar de que se vulneren las más esenciales garantías que protege nuestra Constitución Política.

CAPITULO I

DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1.1.1 CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La Delincuencia Organizada no está muy alejada de nuestra cotidianeidad, vive con nosotros, junto a nuestras casas, negocios, trabajos, etc., por ello no podemos sentirnos ajenos a ella, puesto que es uno de los peores errores que se pueden cometer, ya que es cuando se aprovecha para entrar a nuestras vidas y apropiarse de nuestros más preciados bienes o seres más queridos.

Por ello no nos son extrañas estas historias que tienen en común muchas cosas y que a continuación exponemos:

"En algún lugar de América, en alguna parte de Guavian en los llanos orientales de Colombia, contemplando la fuerte lluvia, un campesino no puede dejar de pensar que una vez terminando el aguacero deberá hacer un esfuerzo mayor para coleccionar mas hojas de coca, ya que conforme está acordado, el precio por cada kilo recogido será menor teniendo en cuenta el aumento de la humedad de cada hoja que se coseche.

La misma tormenta que abarca el norte de América del sur hizo que el pequeño bimotor, al aterrizar en una pista clandestina de aterrizaje cerca del río Saramanca en una zona cubierta por densa vegetación tropical de Suriname, quedará atrapado en el barro hasta cubrir la mitad de las ruedas. La tripulación piensa si habrá suficiente tiempo para descargar casi 1,300 kilos de cocaína que están transportando antes de que lleguen al lugar los miembros del Suriname Korps Polite, que si bien con escasos vehículos y poco armamento, conocen bien el terreno y están endurecidos por los permanentes esfuerzos que deben hacer para desplazarse por la selva.

En un hotel de Sao Paulo un nigeriano controla por última vez la flamante valija plástica en cuya doble pero cuidadosamente acondicionada, transporta casi 3 kilos de cocaína hacia el diminuto aeropuerto de Ilha Do Sal, en Cabo Verde. Aunque su destino final es Sheremetyevo 2, en Moscú. Además debe prestar atención al pasaporte falso que le ha sido entregado ya que debe memorizar su nueva identidad como ciudadano liberiano.

Esta vez serán cinco los correos que viajarán en el mismo vuelo hasta Cabo Verde.

Desconoce que la extranjera rubia que cruzó el Lobby del hotel es otro de los correos que también utilizará el mismo vuelo, pero que su destino final será el aeropuerto de Larnaca en Chipre, donde entregará la valija a una persona que identificará por el color de sus pantalones y de la chaqueta. Tal vez un par de viajes más podrá dejar de prostituirse en Moscú.

También son africanos los ocupantes de seis habitaciones de un hotel en el centro de Bogotá, algunos de los cuales están tratando de tragar, no sin esfuerzo y con la ayuda de aceite comestible, decenas de cápsulas hechas con las puntas recortadas de los dedos de guantes de cirujano, dentro de las cuales, envueltas prolijamente en papel carbónico y comprimidos al máximo, transportarán entre todos varios kilos de cocaína de gran pureza.

Un brasileño descendiente de libaneses termina de acondicionar algunos kilos de cocaína en la tapa ahuecada de varios libros, que enviará desde Sao Paulo a Beirut a través de una empresa aérea.

En una pequeña oficina de un inmueble de dos pisos en Georgetown, Islas Vírgenes, un empleado acaba de fijar a una de las paredes una lista de computación donde figura una larga serie

de compañías que tienen domicilio legal en ese lugar. En esa oficina también funciona un off-shore bank, que ofrece ventajas excepcionales a sus clientes. Nunca han visto personalmente las instalaciones, puesto que sólo se comunican por fax y telex.

En un polvoriento y sinuoso camino de montaña cercano a Oruro, un cansado camionero lleva disimulado en su cargamento tres tambores de doscientos litros conteniendo ácido sulfúrico. Desconoce totalmente que un indígena quechua, que aprendió a manipular sustancias químicas, llegará a obtener ácido clorhídrico digno del mejor laboratorio industrial con ese ácido sulfúrico. A su vez servirá para obtener clorhidrato de cocaína que será enviado en un avión cuatrimotor hacia México. Aunque, por otras circunstancias casi fortuitas, este cargamento nunca llegará a su destino.

A algunos cientos de kilómetros, una coya acomoda, entre sus numerosas polleras o faldas, dos kilos de cocaína que ingresará por tren a la provincia de Jujuy en la Argentina. Otra persona se encargará luego de llevarla a Buenos Aires junto con otros kilos más. Esta cocaína, previo alargue con manitol, será inhalada en Milán, dos meses más tarde.

En el aeropuerto de Quito, un pasajero observa, entre nervioso y asustado, que antes de ingresar al avión que lo llevaría a Nueva York, deberá ponerse en fila junto con el resto de los viajeros en la misma pista de aterrizaje, casi al pie del enorme Boeing 747 junto con su equipaje de mano ¡Pensar que ya había respirado con tranquilidad luego de pasar el control de la seguridad en el aeropuerto! Y ese pequeño perro negro, de raza desconocida, que se acerca moviendo alegremente la cola, y decididamente a su bolso. La pequeña mascota de la Unidad de Estupefacientes ya ha husmeado el kilo de heroína colombiana, aunque ha espolvoreado

café y pimienta alrededor de los paquetes para evitar su detección.

También en el aeropuerto José Martí de La Habana, un turista español tiene para preocuparse cuando los aduaneros le piden que los acompañe hasta otro puesto de control. Es uno más de la lista que recientemente comenzará a engrosar las estadísticas de correos arrestados en Cuba transportando cocaína.

En plena noche, navegando sin luces en el tranquilo canal de la Mona en el mar Caribe, entre Puerto Rico y la República Dominicana, dos dominicanos tratan de comunicarse con una clave de silbidos, a través de un teléfono celular con sus compañeros que los esperan cerca del Cabo Engaño. Deberán actuar rápido para descargar las dos toneladas de marihuana colombiana que están transportando desde la península de Guajira, en una lancha de bajo perfil y que no ha podido ser detectada por lo poderosos radares que controlan la zona.

Un grupo de amigos acaba de abandonar la escuela en Kingston, Jamaica y se apresuran para ver el nuevo vehículo de lujo que acaba de comprar uno de sus ex-compañeros, que ahora es miembro orgulloso de una posse y se dedica al tráfico de Hashish líquido hacia Canadá. Piensan seriamente en seguir sus pasos...

En Puerto Cabello, único puerto venezolano para la descarga de productos químicos, varios empleados han puesto en funcionamiento un ingenioso sistema conocido como sloping, por medio del cual recuperan los desperdicios provenientes del lavado de las tuberías que descargan los líquidos transportados en los buques tanque.

Después de un simple proceso de reciclado, podrán recuperar

cientos de litros de productos químicos indispensables para la obtención de la cocaína, los que, bajo un nombre falso, serán transportados a Colombia.”¹

Todas estas historias que suceden a diario y en cualquier parte del mundo, tienen en común una cosa, se realizan por la Delincuencia Organizada, como problema en realidad de muy poco tiempo, y las acciones que se están tomando, en muchas de las ocasiones son los primeros intentos por combatirla y por lo mismo carecen de efectividad ante una criminalidad que va en aumento, ante la cual no existe una real visión de como tratarla y por consiguiente se carecen de medios efectivos.

Al iniciar el estudio de los diversos conceptos que resultan obligados para llegar al propósito crítico, pero constructivo del presente trabajo, es necesario citar las palabras del Dr. SERGIO GARCIA RAMIREZ, dentro de su obra precisamente denominada “Delincuencia Organizada”, y que se encuentra al inicio de la introducción de la obra : “... Con el derecho penal, entre otros instrumentos hemos de resolver el problema de la delincuencia organizada; pero sería preocupante que el remedio constituyera, a la postre una nueva enfermedad. Es preciso acuñar instituciones eficaces, a la altura de las necesidades corrientes, pero también subordinados a la razón...”.

Punto de vista con el cual coincidimos ampliamente y que nos sirve para darnos cuenta que en la sociedad tan compleja, que corre a la par de los cambios sociales, políticos y económicos que a su vez tratan de igualarse con el resto del mundo, cada vez más rápido, cada vez más frío, el complejo humano que lo compone se vuelve más insensible, más irracional y si las condiciones económicas y sociales se reducen, es obvio que los conflictos surgen con mayor continuidad en una intensidad cada vez más peligrosas .

Por ello se entiende (que no se justifica) que grupos de individuos, miembros de la sociedad que no tuvieron acceso a oportunidades de desarrollo, que provienen de

¹Juan Carlos Antoniasi, Comisario Inspector de la Policía Federal Argentina, de la Organización Internacional de Policía Criminal Interpol con sede en Lyon- Francia. Conferencia dictada y recopilada dentro de la obra “La Justicia Mexicana hacia el Siglo XXI”, publicada por el Senado de la República en la LVI Legislatura, México . Serie G

grupos familiares socialmente conflictuales, de clase sociales desprotegidas, las cuales vemos cotidianamente deambular por esta y otras ciudades del país y del mundo, rompan con las reglas de comportamiento, antepongan sus intereses y necesidades a los de otros individuos de los cuales están obligados a respetar, y que por este simple hecho es negativo, pero que resulta estremadamente dañoso y gravemente ofensivo para el grupo social que decidió cohabitar libre y pacíficamente, por medio de la sociedad y obtener de esa manera un crecimiento y mejoramiento en su forma de vida de cada miembro.

Esta finalidad del Estado como grupo humano, social y políticamente organizado se ve detenida y a veces en retroceso, cuando individuos en forma singular o colectiva, traspasan esa frontera como la denomina el mismo Dr. GARCIA RAMIREZ: "...la frontera entre la conducta del Estado de Derecho y el comportamiento de los individuos que desafían la fuerza del Derecho, aborrecen su espíritu y combaten su razón". "

El delincuente reiterativo, el que constantemente quebranta la ley, el que hace del delito una forma de vida; ese es el componente activo de la delincuencia, es realmente aquella persona o grupo de personas que cotidianamente realiza tales infracciones y obtiene un beneficio en perjuicio de otra, la que realiza un daño permanente y desgastante para la sociedad.

Pero debemos detenernos un poco y analizar más este punto más cuidadosamente . Por lo que de primera mano nos remitimos a diversas fuentes bibliográficas que nos permitan darnos una idea más clara al respecto, y para ello encontramos primeramente al Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Estudios Jurídicos de la U.N.A.M., en el cual encontramos las siguientes consideraciones que nos parecen importantes estudiar:

Primeramente nos define a la delincuencia como: " Un conjunto de delitos

Estudios Doctrinales número 183, 1ª edición, 1997.

¹¹ "*Delincuencia Organizada*"

García Ramírez, Sergio.

Editorial Porrúa, 1997, Mexico D.F.

observables en un grupo social determinado y en un momento histórico dado.”^{III}

Además nos dice que para concebir así el concepto de Delincuencia requiere: “la existencia previa de una ley penal, la transgresión o violación a dicha ley y la reacción social de una comunidad o estado”.

De aquí entendemos que la delincuencia se presenta dentro de los grupos sociales urbanizados o no urbanizados, con un ordenamiento jurídico más o menos organizado, mismo que se resulta transgredido y afectado ante la conducta desplazada por algunos de sus miembros, por lo que tales conductas se consideran delitos y por lo tanto rechazadas y castigadas por ese mismo ordenamiento.

Mas adelante continua explicando: “ahora bien, algunos autores consideran también al concepto de criminalidad, que considera entonces, tanto conductas volitivas (antisociales), como no volitivas”.

Estos conceptos nos proporcionan de inicio una idea más o menos clara de lo que se quiere dar a entender con el término delincuencia, con el adjetivo de organizada.

Pero no solo existe la opinión del Instituto de Ciencias Jurídicas. En nuestra búsqueda nos encontramos con otros autores que aportaron diversas ideas y luz al presente trabajo, entre ellos el Dr. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA, quien opina:

“Crimen: Es la conducta antisocial, propiamente dicha es un episodio que tiene un principio, desarrollo y un fin.”^{IV}

Es entonces que los mismos autores de la ley que estudiamos no se pusieron bien de acuerdo en que término utilizar si por un lado el de Delincuencia Organizada o Crimen Organizado, porque si revisamos el Diario de Debates del Senado de la República, publicado el 19 de marzo de 1996, el Ejecutivo Federal, al dirigir su

^{III} Diccionario Jurídico Mexicano.

Editorial Porrúa, 1990. Tomos I y II, pp. 777, 866, 3ª Edición.

^{IV} Criminología.

Rodríguez Manzanera, Luis.

Editorial Porrúa, 1994, México D.F.

iniciativa de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y ponerla a su consideración para ser aprobada, en forma indebida utilizó ambos términos indistintamente haciéndolos equivalentes y para ello cito en forma textual lo siguiente:

" 1.2 Conceptualización .

Si bien el problema de conceptualización ha sido uno de los temas que ha provocado discusión en la doctrina, ésta ha descrito al crimen organizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, ..."^v

Y esto es utilizado para dar el concepto que proporcionó el ejecutivo a la Cámara de Senadores para explicar en su exposición de motivos, lo que consideraba como Delincuencia Organizada siendo utilizados ambos términos en forma indebida, puesto que técnicamente no se refieren a lo mismo.

Sin embargo existen otros autores como el Mtro. RAFAEL DE PINA, en su Diccionario de Derecho, quien determina que la acepción Crimen es: " Infracción penal grave. En el derecho francés se distingue entre crimen, delito y contravención, en atención a su gravedad.

Esta palabra también se emplea como sinónimo de delito."^{vi}

Otro autor, en este caso Raul Golstein, en su libro, nos habla de ambos términos:

"Criminalidad: Calidad o condición de criminalidad. Es la calidad negativa del acto representada en el alma de su autor como contraria al bien y a lo correcto, lesiva del orden social y sanable con un pena."

"Delincuencia: Calidad de delincuyente, comisión de un delito. Conjunto de delitos ya en general ya propios de un país, época o especialidad.

^v Diario de los Debates.

Num. 2, 1996, 19 de marzo de 1996, p. 20.

^{vi} De Pina y Vara, Rafael.

Diccionario de Derecho.

Editorial Porrúa, 1995, México D.F.

Para Smith es la conducta antisocial reprimida por la ley penal.”^{vii}

Quizá sea la manera en como mejor convenga utilizar los conceptos, a fin de dar un manejo adecuado a la Política Criminal que quiera instrumentarse.

Es así como el mismo proyecto define a la Delincuencia Organizada:

“Se entiende a esta forma de delincuencia como una organización permanente con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados, que se agrupan para cometer delitos.”

Personalmente preferimos entonces utilizar el vocablo de Criminalidad, porque se refiere a la intención del ejecutivo en elevar el grado de cuidado que la autoridad deberá tener, respecto del daño que producen y la peligrosidad de los autores de estas conductas, lo que se ve reforzado con lo que nos dice el LIC. JOAQUIN ESTRICHE :

“...Mas la palabra delito es general y comprende toda infracción de las leyes penales, mientras que la palabra crimen es sólo especial y no recae sino sobre las infracciones más perjudiciales al orden público; de modo que todo crimen es un delito, pero no todo delito es un crimen.”^{viii}

Sin embargo para efectos de este trabajo utilizaremos el mismo término para evitar provocar confusiones o malos entendidos, pero sentíamos la necesidad de hacer la anterior anotación.

^{vii} Diccionario de Derecho Penal y Criminología.

Goldstein, Raul

Editorial Astrea, 3ª edición, 1993, Buenos Aires, Argentina, pp. 232-235.

^{viii} Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia

Estriche, Joaquin.

Editorial Porrúa, México D.F., 1979, Tomo I, p 529.

Estas observaciones nos llevan al siguiente punto y que se refiere entonces a saber el alcance de lo denominado delincuencia organizada. Para ello nos basamos en el concepto anteriormente mencionado y que debemos al proyecto de ley, emitido por el ejecutivo Federal, al cual podemos extraer tres elementos esenciales mínimos:

- I.- Organización.
- II.- Permanencia.
- III.- Finalidad.

Y estos mismos elementos se encuentran en la definición legal proporcionada en la Ley contra la Delincuencia Organizada en su artículo 2º, la cual para el presente trabajo será abreviada por sus siglas a partir de este punto (LFDO).

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

En ambos casos encontramos que los individuos están organizados, es decir hay división de trabajo y coordinación en las acciones que realizan, hay consenso de todos los miembros para realizar actos delictivos, dicha organización es permanente, esto es que no son esporádicas sus acciones, e incluso establecen un lugar determinado para ubicar su centro de operaciones, y que podrán dedicarse a otras actividades pero que la comisión de delitos es constante y obtienen recursos con regularidad de estas actividades y por último tienen una finalidad delictuosa, es decir esos actos realizados son contra derecho y ponen en peligro o bien atacan bienes jurídicos penalmente protegidos por la ley y castigados en caso de ser transgredidos.

Estos puntos son corroborados por el MTRO. ESTRICHE, al determinar que la delincuencia organizada se caracteriza:

"...por una organización bastante rígida, una cierta

continuidad dinástica; el afán de respetabilidad en sus dirigentes, la severa disciplina interna; las luchas intestinas que en esta modalidad se libran por el poder, los despiadados métodos de castigo que se recurre, el extendido recurso a la corrupción política y policial, la ocupación tanto en actividades ilegítimas como legítimas, la disponibilidad de sectores electorales, la distribución geográfica por zonas y los enormes beneficios que obtienen."^{IX}

Por todo esto hablar de delincuencia organizada es referirnos a aquellos grupos de la Sociedad, que por muy diversos motivos tomaron la decisión de actuar en contra de las disposiciones determinadas por el grupo social a través del legislador. Esto al considerar que con ello obtendrían un ingreso superior al que tenían acceso comúnmente. Fue entonces cuando tomaron la decisión de organizarse en un grupo de individuos con una estructura definida y determinada en su jerarquía, métodos, riesgos, beneficios y metas.

Para lograrlo tenían que tomar en cuenta los gastos y costos tanto materiales como humanos, calcular ganancias y pérdidas, es decir equiparar en muchos casos a estas organizaciones criminales con una empresa bien establecida, en donde se determinan niveles de mando de acuerdo a la función realizada, o bien a la especialización que se lleve a cabo. Se realiza el trabajo en células, en las cuales es más fácil su manejo y se dificulta su vinculación respecto de los delitos que se realizan y su nexos con los centros de control.

Esta organización jerárquicamente organizada no podrá vivir o mejor dicho sobrevivir dentro del mundo de la delincuencia, si fuera tan sólo efímera, no se lograrían las metas ni las estratosféricas ganancias económicas que obtienen. La permanencia les permite dar continuidad a sus actividades y con ello planear metas a futuro, expandirse y controlar territorios y actividades mayores, al grado de que se infiltran en los círculos de poder gubernamentales y con ello lograr impunidad en sus actos.

^{IX} Ibidem.

Esta constancia es hacer de la delincuencia organizada una forma de vida, de donde se obtiene el sustento de familias completas, donde muchos de sus miembros son reclutados con sistemas establecidos de antemano, con un origen humilde en la mayoría de los casos, mismos que con el tiempo y de acuerdo a sus capacidades podrán escalar niveles dentro del sistema.

Casos como este los encontramos comunes en nuestro país, cárteles del narcotráfico, bandas de secuestradores, desmanteladores y traficantes de vehículos o de indocumentados; todos ellos ponen en peligro la seguridad de la sociedad y de las instituciones .

1.1.2 PLURALIDAD DE SUJETOS Y SU CLASIFICACION EN LA COMISION DE LOS DELITOS EN RELACION CON LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Ya conocimos lo que implica el término de Delincuencia Organizada, en su concepto, sin embargo en la ley penal, existen otras figuras que surgieron con anterioridad, y con las cuales podría confundirse por la participación de los sujetos que maneja y en los cuales abundaremos para evitar esa confusión.

En la consideración de los supuestos en los cuales puede cometerse algún ilícito encontramos los siguientes.

- A).- Autorías y partícipes del delito.
- B).- Pluralidad activa necesaria.
- C).- Calificación de tipos penales de acuerdo a la pluralidad.
- D).- Asociación Delictuosa.
- E).- Pandilla.

A).- En el primer punto que encontramos previsto en el artículo 13 del Código Penal para el D.F. y en el mismo artículo en lo que hace al Código Penal Federal, de acuerdo a las últimas reformas realizadas, se determinan los supuestos en los cuales

puede incurrir una persona o grupos de personas que se denominan autorías y participaciones.

Según los casos enunciados dentro de las primeras 4 fracciones serán autorías y los 4 siguientes casos serán las segundas.

Debemos determinar aquí que se trata de un caso especial que puede o no incluir en el cual no se incluye a la delincuencia organizada, puesto que ni aún participando 2 o más personas se encontraría en el supuesto, pero sí tomamos en consideración la existencia de 3 o más sujetos puede que se presente el caso de delincuencia organizada, pero sólo si se refiere a los delitos previstos en la ley que nos ocupa, de lo contrario estaríamos en el supuesto de Asociación Delictuosa, independientemente de la comisión o no del ilícito puesto que el tipo no lo refiere. Estamos entonces refiriéndonos al tipo penal y no a la cantidad de sujetos que participan .

B).- Por otro lado tenemos diversos tipos penales previstos en el C.P. en los cuales para que se realicen tales conductas, se requiere forzosamente que intervenga una pluralidad de sujetos en su comisión y aquí mencionamos algunos ejemplos:

Sedición (art. 130), Motín (art. 131), Rebelión art. 132), Conspiración (art. 141), en los casos del Código Penal Para el fuero Federal , de acuerdo a las reformas del 17 de septiembre de 1999, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público (art. 185), Coalición de servidores públicos (art. 216), etc, en ambos ámbitos de competencia jurisdiccional.

Bajo estas circunstancias encontraremos que necesariamente tienen que participar, un número mayor a uno esto es porque la realización de la conducta se entiende como plural o no se podría concretar el fin, sin embargo todos estos tipos penales no se encuentran enunciados dentro de las conductas determinadas por el artículo 2 de la L.F.D.O. y por ese simple hecho no son delincuencia organizada, si no una mera pluralidad de sujetos que resulta necesaria para que se integre el tipo penal.

C).- A continuación consideramos a aquellos tipos penales que en un primer

momento se toman en su realización como simples, puesto que participan bajo circunstancias en las cuales el sujeto activo es un sólo individuo y que por lo mismo para el C.P. lo considera con esa característica; ejemplo de ello es: Robo simple (art. 367), Violación (art. 265), Lesiones (art. 288).

Pero a pesar de ello, estas y otras conductas se califican al momento de que para su comisión participan en ellas un número mayor de individuos, puesto que con ello la víctima de delito tiene una menor posibilidad de defenderse y por ello el peligro y daño que sufre, se agrava.

Así el robo simple se transforma al tipo previsto en el artículo 381, fracción IX del C.P., aumentando con ello la penalidad correspondiente. En el caso de la violación que en un principio consideramos en el artículo 265 del mismo ordenamiento, se vuelve tumultuaria al intervenir en ella varios sujetos, prevista en el artículo 266 bis fracción I.

De ahí partimos para realizar las siguientes acotaciones :

I.- En un primer momento existen tipos penales en los cuales se pueden realizar en forma simple o bien se actualiza el tipo calificado en el momento en que para su comisión intervinieron 2 o más sujetos, como dijimos en el inciso C), estos casos no tiene relación con la delincuencia organizada, por lo que no deben de confundirse con esta, a pesar de la circunstancia que lo agrava como lo es de que participen un número considerable de sujetos.

II.- Existen algunos tipos contemplados en la L.F.D.O. que pueden realizarse en sus formas simples y como ejemplo de ello lo tenemos en los tipos de secuestro o terrorismo.

III.- Estos mismos también pueden realizarse en al forma de Asociación Delictuosa por la participación de sus integrantes.

IV.- Pero para que se considere Delincuencia Organizada debemos satisfacer los

extremos que la ley que nos ocupa considera, esto es que sean los delitos contemplados en el artículo 2º en sus siete fracciones.

D).- Al referirnos a la figura de la Asociación Delictuosa debemos detenernos a realizar un desglose profundo en relación a las modificaciones realizadas en fecha 17 de septiembre de 1999 del artículo 164 del C.P., nos establece el tipo penal de dos maneras diferentes puesto que de acuerdo al artículo primero del decreto por el cual se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, se determino:

Artículo Primero.- "El Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de 1931, con sus reformas y adiciones publicadas hasta el treinta y uno de diciembre de 1998, junto con las reformas que se refieren este decreto, en el ámbito de aplicación, del fuero común, se denominará Código Penal para el Distrito Federal."

Y continúa realizando una serie de reformas derogando los artículos que se relacionan con los delitos de carácter federal, y deja los que tiene vinculación con los del fuero común, entre ellos el de Asociación Delictuosa previsto en el artículo 164, dentro de una rara manera de modificar el Código Penal para el Distrito Federal, puesto que tijereteó y modifico el Código Penal Federal, en vez de crear de manera correcta y sin parches un Nuevo Ordenamiento Punitivo con los requerimientos y de acuerdo las necesidades que una Ciudad con las dimensiones como la de México reclama, con sus ya propias características, lo que no deja mas que ver que no cuentan con un visión de la realidad que se vive cotidianamente, en una de las ciudades más peligrosas del mundo.

Pero en lo relacionado a lo que nos corresponde en este momento estudiar, como lo es el artículo 164 reformado del Código Penal, después de la reforma quedó de la siguiente forma:

"Art. 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir, se le impondrá, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación, prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Si el miembro de la asociación es o ha sido servidor público o miembro de una empresa de seguridad privada la pena a la que se refiere el primer párrafo se aumentará en una mitad más y se impondrá además, en su caso la destitución del empleo cargo o comisión públicos e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro.

Cuando la asociación o alguno de sus miembros, utilice a menores de edad o incapaces para delinquir, la pena a que se refiere el primer párrafo se aumentará en una mitad.

Se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres personas o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos."

Esto es, que se refiere a un grupo mínimo de 3 individuos que se reúnen con la intención de realizar alguna o algunas de las conductas consideradas como delictivas. Surge así un tipo penal reformado con elementos nuevos, como el hecho de considerar a aquellas personas que participan en empresas de seguridad personal y de Instituciones, cosa que en su momento no existía en el tipo penal contemplado en la versión del Código Penal Federal, lo que lo vuelve anticuado al momento que estamos viviendo. Y por el otro lado el hecho de aumentar la penalidad en los casos en que se emplee a menores de edad en la comisión de delitos bajo esta modalidad. Así el Distrito Federal se pone a la cabeza en relación a la Legislación Federal. Pensando que en cualquier momento el Ejecutivo Federal puede implementar una serie de reformas que superen las adiciones presentadas por la Cámara de Representantes del Distrito Federal, puesto que como dijimos anteriormente de facto se cuenta ya con dos Códigos Penales diversos.

Pero surge la siguiente pregunta ¿Cuál es la diferencia entre la autoría y la

participación delictuosa prevista en el artículo 13 del C.P. fracción I?. Puesto que como se refiere en la última parte del artículo que estamos estudiando, se presumirá que existe asociación delictuosa cuando los integrantes tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos y como lo establecen las reformas del Código Penal del Distrito Federal, ahora sólo el hecho de que se participe en dos o más delitos ya constituye para la autoridad una presunción de que existe una asociación delictuosa, sin antes demostrarla conforme lo exige la legislación.

Lo que debería de hacerse primero es tener plenamente demostrada la existencia del grupo de personas, cometiendo ilícitos bajo el tipo de delincuencia organizada y no partir de una presunción sin un fundamento real de que por el hecho de que las mismas tres personas o más, participan en forma conjunta en dos o más delitos se esta actualizando el tipo de delincuencia organizada. Puesto que con esto se esta tirando por tierra el elemento de continuidad que el tipo penal requiere tan indispensable que la misma Suprema Corte de Justicia tiene presente en las Jurisprudencias y tesis que ha emitido, y si tomamos en cuenta que el Tipo de Delincuencia Organizada resulta una evolución del tipo de Asociación Delictuosa, se aplica muy bien las siguientes jurisprudencias:

“...El solo hecho de varias personas hayan colaborado en cierta o determinada manera para la comisión de un delito, no implica la existencia de una asociación delictuosa, pues el artículo 164 del Código Penal vigente en el Distrito requiere la existencia de una verdadera organización con el propósito de cometer delitos. De aceptarse el criterio de que existe la Asociación Delictuosa por la mera cooperación de tres o más individuos en un delito, resultaría que en todos los casos en que se convirtiera un delito por tres o más personas podría considerarse demostrada la existencia del delito de Asociación Delictuosa (SJF, Quinta Epoca. T. XXXVIII, p. 983, A. R. 14699/32, Betancourt, Gregorio,

1o. de junio de 1933, unanimidad de 5 votos).”

Y la Jurisprudencia sigue explicando:

“... No debe confundirse la cooperación y participación que tomen varios individuos en la comisión de determinado hecho delictuoso, con lo que en realidad es una Asociación Delictuosa, pues ésta se organiza en banda, tiene un jefe, hay jerarquías y se constituye con objeto de cometer delitos, cuantas veces se presente la oportunidad para ello; así es que no existe ese delito si los acusados se reunieron con el único objeto de cometer un hecho delictuoso, como por ejemplo el asalto a un banco (SJF, Quinta Epoca, Tomo LIII, p. 148, A.R. 1233/37, Pantoja Morán José, 3 de julio de 1937, unanimidad de 5 votos).”

Pero ahí no se detuvo el desglose de elementos que conforman a la Asociación Delictuosa, sino que existe otra Jurisprudencia que detalla aún más a ésta:

“...La Asociación Delictuosa, cosa diferente a la coparticipación, tiene elementos opuestos a ésta; hay unión asociada de miembros; pero éstos no se proponen cometer un cierto delito in actum, sino que persiguen cometer in potentia, los delitos que después convenga realizar a la banda, al asociarse, (momento consumativo del delito), deciden estar prestos abstracta e indeterminadamente a delinquir y cuando en lo futuro se presente ocasión propicia y conveniente, cometerá (en coparticipación) determinados delitos concretos e individualizados y cuya consumación será posterior al de Asociación

Delictuosa. Además la coparticipación comienza con los actos de ejecución del delito y la Asociación Delictuosa se integra con el solo convenio asociacionista sin ningún acto ejecutivo; es siempre un delito de peligro; sintetizando lo anterior: En la coparticipación hay concierto transitorio o duradero para cometer ciertos concretos y determinados delitos o delitos acompañados de inmediato, de actos de ejecución de los mismos. En la Asociación Delictuosa hay acuerdo siempre estable y permanente para cometer delitos, pero considerándose a éstos al momento de asociarse, en forma abstracta e indeterminada, razón por la que no requiere actos inmediatos de ejecución (A.D. 5963/62 Carlos Carrillo Aguiré, 28 de octubre de 1964, 5 votos, A.D. 816/62, Antonio Pérez Soto, 28 de octubre de 1964, 5 votos)."

También se estableció que:

"... la asociación delictuosa o asociación para delinquir, constituye un delito colectivo permanente autónomo, que se distingue de la coparticipación delictuosa en que ésta supone un delito realmente existente (consumado o intentado) mientras que aquella supone el simple propósito de delinquir en forma organizada, y por lo cual los miembros de la asociación son castigados por el simple hecho de formar parte de la organización. En estos términos, la asociación debe tener un carácter estable y forma determinada de organización por lo que el acuerdo de voluntades supone un propósito permanente de delinquir en los miembros de la banda, que se

supeditan a determinada forma de organización, la que exige el régimen jerárquico (A.D. 10097/67, Luis Estrada Quezada, 17 de octubre de 1968, 5 votos, Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez).

Con todo lo anterior debemos entender que el tipo de Asociación Delictuosa y como consecuencia también la Delincuencia Organizada (con las reservas del caso), contiene elementos contrarios a la autoría, coparticipación y participación, puesto que en primer lugar la primera es considerada un delito de peligro, y no una conducta consumada, puesto que pone en riesgo un bien jurídico protegido como es la seguridad pública, es decir se castiga la mera asociación, el hecho de que se reúnan y concerten que su unión será con la finalidad de cometer ilícitos a futuro, indeterminados y por lo mismo no concretizados, por eso se estableció que:

"... La Asociación Delictuosa o asociación para delinquir, constituye un delito colectivo, perfectamente autónomo, que se distingue de la coparticipación delictuosa, en que ésta supone un delito realmente existente (consumado o intentado). Mientras que aquélla supone el simple propósito de delinquir en forma organizada, y por lo cual los miembros de la asociación son castigados por el simple hecho de formar parte de la organización. En estos términos la asociación debe tener un carácter estable y forma determinada de organización por lo que el acuerdo de voluntades, supone un propósito permanente de delinquir en los miembros de la banda, que se supeditan a determinada forma de organización la que exige el régimen jerárquico. (A.D. 10097/67, Luis Estrada Quezada, 17 de octubre de 1968, 5 votos, Ponente Ernesto Aguilar Alvarez)"

La Asociación Delictuosa por sí misma constituye un delito independiente que se consume con la simple reunión y acuerdo de sus miembros y los delitos que se cometan en esta forma, serán independientes a la forma de su comisión y por ello habrá concurso y dará lugar a la acumulación de sanciones.

Por esto se requiere que sus miembros dieran vida a la Asociación Delictuosa o Delincuencia Organizada en forma previa a la comisión del delito, o de lo contrario cualquier participación de tres o más sujetos constituirían Asociación Delictuosa recalificando la conducta dando lugar con ello, a que se perdiera la esencia del tipo, que es la de establecer un delito de peligro.

Algo muy importante lo constituye la organización y jerarquía que resulta necesaria en toda organización (aún delictiva), ya que por lo que toca a la primera, se establece la división del trabajo y las funciones que cada miembro realizará al momento, previo o posterior, de la comisión de los delitos; así también se determinan las responsabilidades y pueden instrumentarse los mecanismos y técnicas de trabajo que en la actualidad van tomando mayor importancia, al ir perfeccionándose los grupos delictivos, puesto que ahora tienen a sus órdenes grupos de profesionistas en diversas áreas de administración, incluso jurídicas, lo que las convierte en más peligrosas por su eficacia.

Las anteriores jurisprudencias nos plantearon casi como una necesidad, el que la Asociación Delictuosa contemple regímenes con jerarquías, con una clara definición de los individuos encargados de la toma de decisiones y que guían el camino de estas organizaciones.

Sin embargo también es la Jurisprudencia la que se pronunció en un sentido contrario, sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

“...doctrinariamente se predica como elemento ínsito en definición, el aspecto relativo a la jerarquía que debe existir entre sus tres o más miembros; sin

embargo, no debe soslayarse que esta es una cuestión contingente, la que puede o no existir, ya que lo fundamental es la prueba de la predisposición temporal indefinida de esa agrupación consistente “en el propósito de delinquir” que debe entenderse en el indeterminado tiempo de su fusión y a la persistente finalidad de continuar unidos para la comisión delictual (A.D. 358/91, Tomás Chacón Chacón, 15 de abril de 1991, 442/91, María Contreras Alvizo, 10 de mayo de 1991, 445/91, Jerónimo Bárbara Aguilar, 10 de mayo de 1991, 448/91, Abigail Paniagua Dueñas y otra 10 de mayo de 1991 y 1645/91, Jose de la Cruz Bolaños, 7 de enero de 1992).”

De estos puntos anteriores podemos decir lo siguiente:

La Asociación Delictuosa representa la base de donde surge la figura de la Delincuencia Organizada, puesto que sólo basta leer la definición dada por el artículo 2º de la L.F.D.O., para darnos cuenta que no es más que la evolución del artículo 164 del Código Penal para el D.F. al cual se le hicieron las siguientes adiciones:

a).- La mención expresa de que debe existir un acuerdo para llevar a cabo una organización, es considerado como una adición especial a lo señalado, tanto por la Suprema Corte de Justicia, como por los Tribunales Colegiados a través de la Jurisprudencia de la cual estudiamos algunas con anterioridad, punto que no es mencionado por el artículo 164 del C. P.

b).- Algo importante derivado de lo anterior, es que tanto el artículo 164 del C. P. determina la siguiente frase: “... con propósito de delinquir...”, y por el otro lado también lo hace el artículo 2º de la LFDO, al señalar: “... 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 sancionados por

ese sólo hecho..."; y con esto lo que nos esta dejando ver es la idea de que ambos tipos penales son en realidad delitos de peligro, lo que es mencionado expresamente el artículo 2º antes aludido, al establecer de que debe existir el acuerdo par organizarse o que se organicen para realizar conductas delictivas.

Pero surge una curiosa cuestión en el artículo 164 del Código Penal en el cual se determina que: "Al que forme parte de una asociación delictuosa o banda de 3 o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de 8 años y de 30 a 100 días multa.", en el caso del Código Penal Federal, y de 5 a 10 años en el Distrito Federal, sin embargo, al ser la Delincuencia Organizada un delito de peligro como ellos mismos determinaron, debía por ese simple hecho tener una penalidad, pero no se pusieron realmente de acuerdo si en realidad se trata de un delito autónomo o en realidad una agravante y para ilustrar la anterior aseveración nos adelantaremos y nos remitiremos al Diario de los Debates de la Cámara de Senadores que el 15 de octubre de 1996, se encontraba debatiendo el contenido del articulado de la ley que hoy ocupa nuestro estudio, y que a página 20 establece lo siguiente:

"... Es necesario considerar que la delincuencia organizada no puede ser únicamente conceptualizada como un tipo delictivo, sino que es necesario entenderla también como una circunstancia agravante de la comisión de otros delito, cuya principal característica es, precisamente, que se comenten mediante la participación en una organización delictiva.

En Italia, por ejemplo, el simple hecho de ser miembro de un grupo de delincuencia organizada constituye un delito y permite el ejercicio de la acción penal, independientemente de los delitos que esa organización criminal cometa."

Y posteriormente hace el siguiente comentario:

"..se acordó proponer la reconceptualización del delito de delincuencia organizada, para considerarlo bajo dos modalidades.

La primera, como un delito en sí mismo, donde el acuerdo para delinquir de forma reiterada o permanente es la esencia de la descripción típica, dejando de lado elementos subjetivos difíciles de comprobar, tales como la disciplina o el control. Este sería un delito sancionable en sí mismo y que no depende de la comisión de alguna otra conducta antisocial.

También se le considera, a la delincuencia organizada, como una agravante en la comisión de delitos que afectan directamente a la seguridad pública y la seguridad nacional, algunos que además de afectar a los individuos, se cometen a través de organizaciones complejas, difíciles de investigar y perseguir con los medios comunes."

Como conclusión no se obtuvo nada, puesto que de entrada se vislumbra como un verdadero problema para el Agente del Ministerio Público, el integrar en forma debida el tipo penal del delito de Delincuencia Organizada.

Principalmente debe tomarse en cuenta el hecho, de que si se pretende considerarlo como un delito autónomo, y el inculpado demuestra que no pertenecía a la delincuencia organizada, ¿Cómo posteriormente se le podrá comprobar su participación en la comisión del resto de los ilícitos en los que haya colaborado bajo esta modalidad?

En realidad lo que se está haciendo es complicar el trabajo de recopilación, que el Ministerio Público tiene que hacer para comprobar tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad.

Lo que nosotros consideramos como apropiado y más apegado a la realidad procesal que se vive en este país, es que se considere como una modalidad en la realización de los delitos y como consecuencia, una agravante, puesto que con ello no quedaría supeditada la comprobación de los delitos autónomos que se hayan cometido, a la de demostrar en un primer momento y por forzada lógica, que es miembro de un grupo delictivo organizado, ya que sería punto de partida indispensable su demostración, para posteriormente acreditar la comisión de otros ilícitos, que se hayan realizado bajo este supuesto.

c).- Como una evolución y un avance dentro de la Delincuencia Organizada se contempla la comisión de los delitos en forma permanente o reiterada, esto es, se aplicó ya formalmente las opiniones vertidas en la jurisprudencia existente.

El ejecutivo se vio carente de cuidado en la redacción del tal precepto, puesto que intentó ir más allá del supuesto de Asociación Delictuosa, llegando al extremo de dejar en gran predicamento al Ministerio Público, ya que no sólo tiene que probar la comisión de ilícito, sino además vincularlo con el tipo de Delincuencia Organizada, cosa que aparece como algo bastante difícil.

C).- La pandilla prevista y explicada en el artículo 164 bis del Código Penal, es otra figura que aún y que es independiente, tiene relación a la Delincuencia Organizada, por cuanto puede confundirse con esta. Por ello se hace una clara distinción desde el inicio en el artículo antes mencionado en su segundo párrafo cuando señala: " Se entiende por pandilla para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizada con fines delictuosos, comenten algún ilícito."

Queda claro, que en el caso de la pandilla no se requiere esa organización con fines

delictuosos que es indispensable en el caso de la asociación delictuosa y en el de Delincuencia Organizada, además de que los términos habitual, ocasional o transitoria, relacionado con la reunión, dá esa idea de no definitividad, y respecto de la regularidad con que deben de efectuar sus actividades, cosa que no sucede con el tema que estamos tratando.

Además el supuesto de la pandilla resulta ser una agravante, respecto de los delitos que se cometen bajo esta modalidad al establecer el C. P., que se aplicará hasta una mitad más de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos.

Con esto queda también diferenciado otra figura más de las que conforman al mundo de la criminalidad.

1.1.3 COMPARACION CON OTROS GRUPOS A NIVEL INTERNACIONAL.

La Delincuencia Organizada como grupo criminal que hace del delito una forma de vida y que incluso establece delimitaciones territoriales y compite por el control de los mercados y las vías transporte a nivel mundial, encuentra en ese ámbito internacional una muy diversa gama de nombres y de configuraciones, debido a las actividades que maneja.

Incluso mucho tiene que ver las costumbres del lugar para que se determine la naturaleza de las operaciones practicadas por estos. De ahí que sean tantas y que agrupan una cantidad tan considerable de elementos, que conocerlos a todos parece tarea complicada. Sin embargo nos daremos una idea, por lo menos general, de la magnitud del problema si conocemos las más importantes de estas organizaciones y algunas cifras relacionadas con ellas.

Empezando por Asia, en donde es harto conocido por los organismos internacionales encargados para perseguir y estudiar estas actividades, que la actividad delictiva es desarrollada a gran escala.

Existen así países asiáticos que cuentan con grandes urbes, provistas de una modernidad considerable y en algunos casos son comparables con la de naciones desarrolladas, como en el caso de Hong Kong y Taiwan, en donde de igual manera la delincuencia desarrollada y organizada esta gravemente infiltrada y con ello el involucramiento de incluso miles de individuos que ya forman parte de estas.

Y sólo por mencionar algunos nombres tenemos a la denominada "Federación Woo", que cuenta con alrededor de 28,000 individuos, o a "Bambú Unido" que agrupa a 20,000 miembros y de los cuales tiene conexiones hacia el exterior, con los cuales realiza actividades tendientes a ampliar su campo de acción y que principalmente controlan el tráfico de drogas, como el opio o hashis y tienen el control interno del trato de blancas y lavado de dinero, como otras formas de obtener recursos.

Y aun en las naciones más industrializados no están exentas de padecer estos males y ejemplo de ello es Japón, país próspero y altamente industrializado, que tiene dentro de su sociedad una gran organización criminal denominada "Yakuza", misma que incluso ha alcanzado gran publicidad y que es reconocida, por los extremos métodos empleados para disuadir y eliminar a la competencia. Esta organización es el líder asiático en el control de casi todos los mercados ilícitos como el tráfico de armas y narcóticos.

En Europa es de todos conocido la existencia de la legendaria "Cosa Nostra" Siciliana, que a mediados de siglo se expandió a varios lugares del mundo y que encontró en la sociedad norteamericana, una segunda Italia y que en la actualidad esta vigente, distribuyendo su poder en familias con control territorial delimitado.

Más al norte del continente europeo se desarrolló una organización que continúa creciendo, la Mafia Rusa, una organización cuyo mercado representa no sólo un peligro para su nación, sino para toda la sociedad europea e internacional, ya que al encontrar un inmenso campo fértil dentro de la decadente y precaria sociedad rusa, que sufrió de un colapso al caer el régimen socialista y con ella las del resto de repúblicas que conformaban la ex-Unión Soviética, puede realizar las diversas actividades ilícitas, no solamente las clásicas, sino que al poseer un gran arsenal de

todo tipo, pueden ponerlo a disposición de los mejores compradores en cualquier parte y dejar en peligro la seguridad de otras naciones, aprovechándose de la nula seguridad y distribuirla en el mercado negro.

Al dejar atrás al viejo continente, y pasar a América nos percatamos que la enorme pluralidad de pueblos y de comunidades que habitan en él, y que traen consigo una delincuencia de igual forma plural, desarrollada de acuerdo a las posibilidades económicas y el acceso a los recursos que les permitan realizar sus actividades. Por ello tenemos desde los más sofisticados delincuentes de los Estados Unidos y Canadá, como los más humildes campesinos cultivadores de la hoja de coca y marihuana en Centro y Sudamérica. Todos de alguna manera u otra conforman las filas de los grupos delictivos y sus actividades en algún momento pueden encuadrarse en el supuesto de Delincuencia Organizada.

Aterrizando un poco estas ideas tenemos en Norteamérica las famosas Mafias, mencionadas anteriormente, que controlan y distribuyen toda la mercancía ilícita que proviene del resto del mundo, porque bien sabido es que el mayor mercado en este sentido es el de los Estado Unidos, por el potencial económico que representa, de ahí que la estructura de dicha organización es la más compleja de dismantelar.

Quizá por ello las autoridades de aquella nación a lo largo del paso del tiempo y por la experiencia obtenida, tiene una serie de instrumentos técnicos y legales, tales como la intervención de comunicaciones la negociación con el delincuente y la consiguiente disminución de la sanción, etc., figuras y costumbres que no tenían antecedentes en México y de la cuales desconocemos su posible evolución, y aún más, su efectividad; y por la necesidad de demostrar de que se trabaja en la materia dio origen a la presente ley, motivo de éste trabajo.

Pero volviendo al tema, las mafias que trabajan en la Unión Americana, son el clásico ejemplo de la Delincuencia Organizada, puesto que cuenta con todas las características típicas antes descritas y que resultan ser el secreto de su permanencia a través del paso del tiempo, manteniendo su vigencia y nivel de peligrosidad.

En relación con lo anterior pero con sus peculiaridades muy características, propias de nuestro país, surgen a finales de los años setenta diversos grupos delictivos, que en un principio tenían una estructura precaria por no decir primitiva, en los casos en que se tuviera y que se trabajaba en una zona territorial muy limitada.

Estos grupos serían las células, los antecedentes de los famosos cárteles de la droga, figura que se adoptó de la jerga económica en alusión a los complejos productivos que abarcan todas las áreas de la producción hasta llegar a su venta, en alusión a que el mismo grupo que se encargaba de cultivar la droga, la procesaba y distribuía para su venta.

Es así como surgen los primeros grandes capos mexicanos, saliendo a la luz nombres como Rafael Caro Quintero y Ernesto Fonseca Carrillo, quienes demostraron a la sociedad mexicana la magnitud del problema que empezaba a gestarse y desenmascaró a funcionarios del Gobierno mexicano, como protectores de delincuentes.

Tal fue el tamaño del problema encontrado, que inmediatamente se inició una serie de medidas para combatir el problema, y aún ambas personas continúan purgando sus respectivas sentencias. Sin embargo el negocio que iniciaron aún continúa rindiendo frutos, puesto que a la usanza de las mafias extranjeras, esto pasa de mano en mano, de generación en generación, dentro de las mismas familias y hasta el día de hoy no se ha encontrado solución efectiva y el problema crece sin control.

Pero no solamente los delitos contra la salud son los únicos que la L.F.D.O. contempla puesto que existe el tráfico de indocumentados, armas de fuego o el tráfico de órganos humanos que han ido en aumento y con ello el riesgo que corre la sociedad al no tener la seguridad de que se encuentra fuera de peligro.

Existen en relación con esto, bandas de delincuentes con contactos incluso en el extranjero, que se dedican a esta clase de actividades y que han obtenido grandes ganancias.

De todos estos son los cárteles los que sobresalen enormemente, ya sea en ganancias o en poder, en comparación con el resto de la criminalidad organizada, como son el caso de los que existen en Cali o Medellín, por el nombre de las ciudades en donde realizan sus actividades; que desde hace más de una década se han caracterizado por la enorme producción de Cocaína, obtenida del procesamiento de la hoja de coca.

En estos lugares donde la criminalidad ha declarado una frontal guerra al gobierno y en donde el mismo ejército resulta insuficiente para combatirlo y pone en peligro la seguridad de aquella Nación. Llegando incluso al caso de que algún o algunas autoridades intenten combatirlas, resulten cruelmente eliminados, como los casos de algunos jueces y ministros del poder judicial de aquel país.

A fin de que nos demos cuenta del nivel que se maneja en este sentido y en relación a nuestro país:

En la publicación denominada "El Combate contra el Crimen Organizado en Francia y en la Unión Europea"^x, elaborada por la P.G.R. en colaboración con el gobierno francés, se señala que la estimación calculada que se ha producido es un impacto de 300 mil millones de dólares como cifra de negocios de la droga a nivel mundial. Intepol señala como una cifra de 500 mil millones de dólares las ganancias acumuladas por el mismo concepto.

Y así continúa, informando por lo que hace al crimen organizado, este generó la cantidad de 1000 millones de dólares las utilidades obtenidas.

Los Estados Unidos calculan que los Cárteles colombianos están haciendo fluir anualmente unos 300 billones de dólares, que hacen temer que lleve a la

^x *El Combate Contra El Crimen Organizado
En Francia Y En La Union Europea.*

Serge, Antony Y Ripoll, Daniel
P.G.R.-Servicios De Cooperacion Tecnica Internacional
De La Policia Francesa En Mexico.
México 1996, 2ª Ed.

devaluación de la moneda local por la extraordinaria cantidad de recursos que se encuentran en juego.

Ante semejante volumen de capitales moviéndose de un lugar a otro, es lógico pensar que las organizaciones encargadas de combatir al problema, deben cambiar al mismo ritmo, por ello la Interpol cuenta con una base de datos de aproximadamente 250 mil fichas criminales, de los cuales 200 mil esta vinculados con el tráfico de drogas. Todo esto gracias a sus 176 países afiliados y por ello en cuestión de 2 minutos se puede consultar antecedentes policiacos y judiciales fotográficos o huellas dactilares, armas, vehículos, embarcaciones, aeronaves, etc. o bien emitir a cualquier parte del mundo la orden de arresto de cualquier individuo.

Sin embargo es tanta la cantidad de individuos que están inmiscuidos y tal la cantidad de intereses, que resulta cada vez más difícil aportar métodos eficaces para detenerla. Y nuestro país es un engrane que se esta convirtiendo en pieza fundamental, por su posición geográfica, que lo sitúa a un lado del mercado comercial más grande del mundo, lo que nos hace un paso obligado para muchas actividades ilícitas.

Para muestra tenemos los siguiente datos aportados por las estadísticas de la P.G.R.^{XI}

“Las regiones de mayores problemas de consumo se ubican en el norte de país, en ciudades como Tijuana, Moterrey y Ciudad Juárez”.

“La droga de mayor consumo en México es la marihuana; la cocaína y la heroína han mostrado ligeros incrementos en los últimos años manteniéndose los niveles de consumo en México muy debajo de aquellos que prevalecen en los países más afectados.”

^{XI} Programa Nacional Para El Control De Drogas.

Centro Nacional Para El Control

Esto refuerza nuestro anterior comentario, puesto que nuestro país es la puerta de acceso hacia el mercado norteamericano, como un mero paso hacia el lugar de su venta. ¿ Pero cuánto cuesta realizar este transporte? En el mismo reporte de la P.G.R. nos arroja luz al respecto:

Pagos por Transportación de Heroína:

<i>RUTA</i>	<i>CANTIDAD</i>	<i>COSTO</i>
ACAPULCO, GRO - TIJUANA , B.C.N.	880 GRS.	\$4,000.00 PESOS

Pagos por transportación de marihuana:

<i>RUTA</i>	<i>CANTIDAD</i>	<i>COSTO</i>
GUADALAJARA, JAL. -REYNOSA, TAMPS.	223.9 KGS.	\$600.00 PESOS
LOS MOCHIS SIN. - NOGALES, SON.	75 KGS.	\$9,000.00 PESOS
GUADALAJARA, JAL. - MATAMOROS, TAMPS.	16.4 KGS.	\$3,500.00 PESOS
GUACANA, MICH. - VALLE HERMOSO, TAMPS.	8.5 KGS.	\$2,000.00 PESOS
TECATE, B.C. - TIJUANA, B.C.N.	3279 KGS.	\$1,000.00 USD.

Por esto es que nosotros no podemos, a pesar de su gran consumo, competir con los mercados europeos y de los Estados Unidos (y que bien resulta esto), respecto de la cantidad de droga que se comercia en sus ciudades, principalmente.

Lo que sí se logra, es obtener los enormes beneficios, que son bastantes importantes y van creciendo día tras día, sin que puedan compararse con los 100 mil millones de pesos, en que fue calculada en su momento la fortuna obtenida por RAFAEL CARO QUINTERO, a los 26 mil millones de dólares en que se aproximaron

algunas de las estimaciones respecto de las ganancias obtenidas por AMADO CARRILLO, hasta antes de su muerte.

Por todo esto, ya conocemos los alcances que ha conseguido la Delincuencia Organizada, con la gran ventaja de que no tienen que reconocer y mucho menos respetar fronteras, culturas o idiomas, cosa que la autoridad esta obligada no sólo a observar, sino a proteger.

La Delincuencia Organizada como en el caso de México y los países latinoamericanos, supera ampliamente a las autoridades por su capacidad técnica, económica y material, no necesita protocolos ni espera que se realicen acuerdos, cuando lo desea se retira y aparece, por ello siempre esta un paso adelante.

Lo importante es impedir que de su siguiente paso, a través de políticas de previsión y disuación, teniendo la misma visión que la que poseen ellos, hay que considerarlo como un negocio y combatirlo como tal, que resulta tan lucrativo, hay que ganar sus mercados e impedir el acceso a sus ganancias, o de lo contrario la lucha esta perdida desde ahora.

El gobierno no tiene la visión de readaptar e incorporar a las generaciones jóvenes que esta delinquiriendo es este momento, no prevé que ellos en un futuro cercano serán quienes ocupen los lugares que los integrantes de las organizaciones criminales dejarán. Aquellos que serán los sustitutos de los ladrones, traficantes y contactos de las bandas organizadas en sus diversos negocios.

Si se logra aislar a los posibles consumidores, se mejoran las condiciones de vida, se baja el nivel de natalidad, se aumenta el acceso a la educación, si se cuenta con una verdadera voluntad de hacer bien las cosas y de combatir realmente a quienes atentan contra la sociedad y sus instituciones, quienes quebrantan la ley y ponen en peligro la seguridad de los individuos y su integridad, entonces se podrán avanzar para mejorar a este de por sí golpeado país.

1.2 ORIGENES DE LA LEY.

1.2.1 SITUACION SOCIAL EN MEXICO.

Para poder entender porque el Ejecutivo Federal se vio obligado a mandar la iniciativa para la creación de al LFDO, debemos conocer primero la situación que desde hacia ya bastante tiempo prevalecía en nuestro país y que con el paso del tiempo se fue agravando, por ello el peligro que corre la sociedad mexicana en general derivada de la inseguridad provocada por grupos delictivos armados, estructuralmente bien organizados y económicamente fuertes que comenten una gran cantidad de ilícitos y por la falta de eficacia en los métodos empleados por la autoridad para presentar una real lucha contra la delincuencia.

Como dijimos anteriormente, es un problema que fue creciendo con el paso del tiempo, cierto es que siempre ha existido, pero que anteriormente resultaba manejable por las autoridades que se encargaban de combatir a la delincuencia. Esta misma que en un primer momento podríamos llamar "primitiva" por su forma de operación, por los fines buscados, por su falta de capacidad de organización, su inestabilidad y su poca respuesta a la adaptabilidad.

En cada época la delincuencia ha sido distinta, buscando una manera fácil de hacerse de recursos, elevando su nivel de vida y escapando en muchas ocasiones de los bajos estratos sociales, de donde han surgido la mayoría de ellos. Es bien cierto que no todos los delincuentes provienen de ahí, y que no todos tienen fines económicos bajo los cuales actúan, pero lo que si resulta una evidente realidad es que la gran parte de ellos fueron resultado de los grupos marginados y con menos preparación académica, por nos decir nula, con una gran necesidad de sobrevivir con una vida llena de carencias que solventar, con un gran resentimiento hacia la sociedad que los ha separado, y contra la cual sienten que debe pagar por su desventurada forma de vida.

Ante esto no es raro que al ser invitados a formar parte de un grupo criminal, lo acepten por las enormes ventajas económicas que trae consigo y que están

dispuestos a recibir, así conforme va aumentando la cantidad de beneficios que obtienen, mas se adentran en esa forma de vida, escalan posiciones y pronto empiezan a atraer a otros individuos que como ellos en un principio no contaban con recursos para subsistir.

Sonados son los casos de personajes que de esta forma han ingresado al mundo de la delincuencia, quienes y una vez que conocen los riesgos e incluso los han experimentado, aceptan este medio, lo hacen suyo, esto representa todo poder, recursos, etc. y sin ello regresarían a sus orígenes de los cuales en un principio huyeron.

Sin embargo es hacia las últimas décadas en las cuales la delincuencia ha aumentado, y con ello sus sistemas de actuación, se han vuelto mas violentas e intolerantes, bandas de narcotraficantes, de secuestradores de terroristas, han convertido a las ciudades del mundo en sitios cada vez menos habitables, en donde sus integrantes tienen el temor de ser agredidos en forma cotidiana, y en muchos de los casos con consecuencias bastante lamentables.

Ante esto resulta bastante lógico pensar que se levanten voces de reclamo, en muchas ocasiones no en busca de justicia, sino de venganza por la afrenta provocada en contra de la sociedad.

Surgió ante esto diversas tendencias desde los más variados foros, algunos proponiendo cambios sustanciales a la Constitución, aumentando las facultades y con ello su campo de acción de las autoridades encargadas de perseguir estas conductas, y otros pretendían basados en ordenamientos extranjeros, que medidas similares fueran adoptadas en nuestro país, con la finalidad de contar con un ordenamiento jurídico especializado y que diera respuesta inmediata y efectiva a la creciente y destructiva ola de violencia causada por los grupos delictivos.

Esto daba lugar al análisis sobre si realmente se requería la complicada y arriesgada elaboración de un ordenamiento totalmente nuevo, sobre del cual en nuestro país no existía casi nada de información y que jamás se había considerado en nuestro

tradicional sistema jurídico.

El hecho de considerar hasta que punto resultaría necesario crear todo un cuerpo de normar nuevo y con ello darle legalidad y vigencia a través de profundas reformas constitucionales, afectando con ello garantías individuales consagradas en la máxima ley de este país, sonaba desde un principio arriesgado.

Esto por un lado, mientras que en el otro se podía por optar por trabajar en forma más completa sobre el ordenamiento existente y con ello realmente hacer efectivas en todos los ámbitos del sistema penal mexicano las normas que contiene, porque es bien sabido que nada resulta mejor, que hacer valer la ley vigente, que en cambio la interminable labor de creación de nuevos cuerpos de leyes mal estructurados y conteniendo lagunas en las mismas, ante el agravamiento de una situación social como la que nos ocupa.

Finalmente sabemos que fue la primera opción la que se consideró como la más apropiada para combatir este problema, lo que trajo consigo como consecuencia que se creara un nuevo régimen penal, al cual la gran mayoría de los juristas y estudiosos legales les era desconocido; que trataba de especializarse en aquellas conductas estimadas como las más lesivas, pero que implicó también el inicio del derribamiento de muchas de las tradiciones y principios consagrados desde hace muchas décadas atrás como valuarte del sistema penal mexicano.

Y aquí cabe la pregunta ¿Hasta qué punto realmente el Ejecutivo Federal por un lado y el Poder Legislativo quisieron dar respuesta efectiva a las demandas de la sociedad, víctima de tan grave mal? ¿O acaso fue mayor la presión de gobiernos extranjeros, involucrados en el mismo problema? La respuesta resulta difícil, pues se sabe del poder económico y político de algunas naciones en la toma de decisiones, en lo particular en el nuestro.

1.2.2 MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES.

El Dr. García Ramírez dividió en toda una serie de pasos aquel grueso grupo de

reformas constitucionales que dieron vida a la L.F.D.O.

Resulta necesario hacer mención que desde su inicio el tema que nos ocupa recibió muy malos comentarios por parte de los diversos grupos ante los cuales fue expuesto. A esta etapa el Dr. García Ramírez lo denominó: "La primera tentación", y que se realizó en el año de 1992, en este que fue sólo el anteproyecto presentado por parte de la Procuraduría General de la República, se contemplaba reducir garantías individuales, basándose en la experiencia vivida por otras naciones.

Esta misma no planteó modificaciones a la carta magna y no prosperó ante la discusión a la que fue planteada.

Hacia 1993 se realizó un anteproyecto que modificaría los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, y posteriormente se modificarían los artículos 19 y 103 a fin de aumentar las atribuciones del Ministerio Público sobre el cateo y la detención de indiciados.

Estas reformas fueron aprobadas y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 1993, que trajo consigo las siguientes modificaciones que a la luz algunas estimaciones exponemos:

Primeramente el artículo 16 constitucional fue modificado al considerar que para efectos de la detención del indiciado por parte del Ministerio Público sería por motivos de la comisión de los delitos considerados como "Graves", expresión reprobada por varios estudiosos del tema, puesto que se considera que el término grave, como calificativa de delito y que da la pauta para que el representante social tenga elementos para actuar respecto de la realización de la detención de una persona, vulnera notablemente el sentimiento de seguridad que el ofendido tenga y la consideración sobre el agravio que se le ha proferido en su contra.

Por ello es que se invita a la reflexión, para llevar a cabo un cambio en la valoración que le debe de dar a los delitos, por parte del Agente del Ministerio Público, utilizando un criterio distinto, adoptando una expresión que se ajuste mejor a la

realidad, puesto que si bien es cierto que existen delitos que por el daño que producen son más perjudiciales en términos generales para el sujeto pasivo que recibió los efectos de dicha conducta, el detrimento patrimonial, el perjuicio a la salud o la integridad y su derecho a la pacífica convivencia, a que están obligados a garantizar tanto las leyes como las autoridades e instituciones, no parece tan comprensible.

Así pues, el delito medido por su gravedad, si bien es entendible el intento realizado, al tratar para los efectos procesales de calificarlo de alguna manera, no resulta en la realidad de sencillo manejo, puesto que se corre el riesgo de dejar fuera de este contexto a toda una serie de conductas delictivas que pueden ser también incluidas.

Otra modificación que sufrió el mencionado artículo 16, fue en relación al período de retención por parte del mismo Ministerio Público y que se materializó en la siguiente expresión:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”.

Esta inclusión dio la entrada para que se tomara en cuenta a la Delincuencia Organizada a nivel Constitucional y con ello se diera lugar a la creación de la ley que estudiamos.

Consideración que se realizó en forma contradictoria, puesto que en sentido opuesto se eliminó de la Carta Magna el calificativo de Policía Judicial al órgano de auxilio en la lucha contra el delito y se eleva a rango constitucional la existencia de la delincuencia organizada, cuando nunca había sido contemplado calificativo alguno de este tipo dentro de la Constitución, esto es de que se contemple a la delincuencia dentro de la misma.

Ahora cabe tomar en cuenta que el Ministerio Público cuenta con 96 horas, desde el momento en que se le pone a disposición a una persona, por el supuesto de haber cometido algún ilícito bajo la modalidad de delincuencia organizada, para que a través de la averiguación previa, pueda reunir las pruebas y acredite los elementos del cuerpo del delito, además de la probable responsabilidad que exige el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Pero si resulta difícil acreditar los elementos en delitos comunes, mucho más lo es vincularlos con la delincuencia organizada y por consiguiente resulta aún más complicado hacerlo en un período de 96 horas, a menos que se le diera un seguimiento previo mediante una investigación que existiera y en la cual ya se hubiera compilado toda aquella información que sirviera de prueba, para que solamente el Ministerio Público los integre al momento de la elaboración de las primeras diligencias dentro de la averiguación previa, puesto que de otra forma se antoja complicado, que en un período tan corto se pueda allegar la cantidad suficiente de elementos como para vincular a una persona como miembro de la delincuencia organizada, y dar como resultado una consignación bien estructurada y que no pueda ser combatida por el probable responsable o rechazada por el Juzgador.

Y de esta forma se concluyó el primer paso de lo que sería todo un cúmulo de modificaciones que traería consigo un giro totalmente distinto derecho penal mexicano.

Posteriormente se produjo una segunda reforma, ahora dirigida hacia todo un grupo de artículos de la Constitución Política, en el cual se daba estructura y se preparaba el camino para crear el ordenamiento jurídico para combatir a la delincuencia organizada.

Resulta curioso darse cuenta que tanto a la iniciativa de reformas como a la del ordenamiento secundario, que presentó el ejecutivo federal, se unieron diversos integrantes de varios partidos políticos como representantes ante el Congreso de la Unión y en el mismo se les diera la oportunidad de pronunciarse tanto a favor como

en contra de los puntos a tratar.

Esta nueva modificación realizada hacia 1996, afectó en primer plano al artículo 16 de nueva cuenta, el cual contiene una serie de amplias garantías que por tradición han caracterizado al ordenamiento jurídico mexicano, como respetuoso protector de los más indispensables derechos que como individuo cada mexicano disfruta.

Prueba de ello, lo es que antes de la reforma mencionada el artículo 16 establecía el límite para la autoridad a fin de no vulnerar el derecho del gobernado a su intimidad, mismo al que consideraba como inviolable y que en tal condición se mantuvo durante muchos años; sin embargo a raíz de un sin número de presiones del exterior hacia el gobierno mexicano este tuvo que dar un giro de 180 grados hacia una política jurídica totalmente distinta y con ello se inicia una serie de limitaciones en su campo de acción y en el de la convivencia del ciudadano y que a través de una serie de reformas de carácter constitucional se trata de justificar la actuación de la autoridad, sin tomar en cuenta toda la serie de controversias a la que se enfrenta, pero no por ello se debe tomar su actuación como justa, aunque si legal.

Del texto actual, aún y que se califica a las comunicaciones privadas como inviolables, facultando únicamente a la autoridad federal para que sea quien solicite la intervención de comunicaciones o bien al titular del Ministerio Público de cada entidad federativa; da a entender de que a pesar y que se tratan de delitos sancionados por una ley federal, pueden ser investigados por autoridades locales; lo que resultaría mejor si fuera una sola autoridad la titular de la misma petición y en este caso federal, puesto que bien es sabido que cuando la autoridad local tiene conocimiento de un ilícito del fuero federal, hace un desglose para dar intervención a su vez a dicha autoridad, sobre todo en el caso que nos ocupa. Además de que establece, que en el caso de que se trate de las comunicaciones existentes entre el indiciado y su defensor no podrá darse autorización para ser intervenidas, agregando nosotros que de ser el caso de que este ya sea objeto de intervención, las conversaciones que se establezcan con su defensor no se les deberá dar valor probatorio.

Ahora bien, la ley no determina en que momento se le debe considerar con el carácter de defensor a la persona que se le otorgue tal nombramiento, ya que técnicamente desde el momento en que una persona se encuentra bajo la intervención de la autoridad competente, se puede hablar que tiene la posibilidad de seleccionar que individuo o individuos serán sus defensores, y por lo tanto las comunicaciones que haya mantenido con ellas no tendrán validez probatorio.

Aunado a lo anterior se puede caer en la hipótesis como la sostiene el Doctor García Ramírez, al determinar que: “ la protección de las comunicaciones rige desde que hay denuncia o querrela-actos con los que se inicia la averiguación, pese a la extravagante previsión de declaraciones por parte de la L.F.D.O.- hasta que se produce la libertad absoluta del sujeto, en la averiguación, el proceso o la ejecución”. Cuestión delicada y muy poco estudiada por los procesalistas que en este caso encontrarán una laguna legal para determinar a partir de que momento se deberá considerar con validez legal las conversaciones tomadas y realizadas con determinadas personas.

Artículo 21.

Al respecto del artículo que nos ocupa, mencionaremos que en realidad las modificaciones que se realizaron no son realmente trascendentales ni en contenido ni en forma procedimental, pues en realidad la situación de hecho permaneció inalterable.

Las modificaciones realizadas se refieren al nombre con que ahora se refieren a conocida Policía Judicial como auxiliar directa del Ministerio Público y que ahora ha perdido esa denominación dejando el texto actual la mención de que: “... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

Se deja al arbitrio de cada institución de Procuración de justicia el determinar el nombre que deba dar al cuerpo policiaco encargado de auxiliar al Ministerio Público para la persecución de los delitos, así como para hacer cumplir con los mandatos

emanados de éste. E incluso cabe la posibilidad de que sea un grupo distinto al que se encargue de auxiliar en sus labores a los miembros del Poder Judicial ya sea local o federal en el cumplimiento de sus resoluciones.

Así tenemos que sólo trascenderá en lo administrativo y continuará el cuestionamiento sobre su efectividad en el combate a la delincuencia, sobre su transparencia en la honestidad de sus miembros, sobre sus métodos y su profesionalización.

La otra modificación realizada se refiere al anexo, en relación a la actividad del Ministerio Público tiene encomendada, esto es, la de perseguir los delitos al cual se incorporó la de "investigación", misma que creemos es inecesaria, puesto que el término "Perseguir" en un sentido amplio y práctico contempla toda la función que puede y debe realizar el representante social, en su función de protector de la seguridad jurídica del afectado del delito y esto le permite entre otras cosas la de investigar los actos presuntamente delictivos y con ello recopilar y aportar todas las pruebas necesarias para acreditar tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad del indiciado.

Es por ello que lo hasta ahora realizado no aporta nada nuevo a luz jurídica de la constitución.

Artículo 22.

Es cuando ahora entramos al primer análisis respecto del tema de la presente tesis, esto es en relación con la autorización ministerial para que partiendo de determinadas consideraciones se pueda llegar al aseguramiento de bienes, propiedad de aquellos individuos que sean investigados por ser miembros de la delincuencia organizada.

Y como no podría ser si no desde la misma Constitución Política, donde se inició el camino para preparar la reforma, dado el fundamento jurídico, sin que por ello sea concordante con el sentido jurídico del conjunto de Principios que siempre han regido dentro del ordenamiento mexicano. Puesto que ahora se rompe con las

anteriores prácticas y procedimientos sobre los cuales los juristas mexicanos, sin importar la función que desempeñen, tienen experiencia.

Es por ello, que resulta preocupante el camino que pueda tomar y si en el futuro rinda la solución que se pretende buscar con ello, por esto es que no es tan sólo una crítica sin sentido por el sólo fin de buscar supuestos puntos negativos a las soluciones propuestas, sino por el contrario buscar enriquecerlas, por medio de las debidas correcciones para ajustar los procedimientos y hacerlos operables, realistas y no caer en el camino viciado de que por la falta de técnica jurídica en la elaboración de la norma, sus mismas carencias e inexactitudes sean sus mismos obstáculos para su aplicación.

En el proyecto de reforma a los artículos constitucionales que estamos analizando, se realizó una serie de justificaciones sobre los motivos considerados para llevar a cabo las modificaciones a la carta magna, sin embargo en el presente caso, careció de una real justificación basada en fundamentos de peso, sin explicar el porque se tomaban en cuenta determinados términos, que permitieran llevar a cabo el aseguramiento de bienes bajo el supuesto de pertenecer a individuos que realizaran conductas relacionadas con la delincuencia organizada.

Se hace referencia histórica a la utilización de esta práctica a través de diversas culturas y por varios motivos; y se cita como ejemplo el Programa Sobre Crimen Organizado y Drogas del F.B.I., en relación con el lavado de dinero, lo que lleva al decomiso de los bienes y ganancia provenientes de actividades ilegales.

Lo que pretende entonces el Estado, es que ninguna persona que se encuentre bajo investigación por ser supuestamente miembro de un grupo clasificado como delincuencia organizada, cuente con la libre disposición de sus bienes bajo ninguna circunstancia, puesto que con posterioridad, como veremos, existirán métodos que se iniciarán desde la etapa de la averiguación previa, que permitirían en todo momento a la autoridad controlar el patrimonio de cualquier individuo que por diversos motivos se vea involucrado dentro de una investigación de esta naturaleza.

Como una segunda intención y como deducción que se desprende de la modificación realizada, es tan sólo justificar el amplio margen de actuación que se le proporcionó al Ministerio Público, quien ahora puede realizar un sinnúmero de actuaciones que le permiten allegarse de elementos a fin de acreditar los elementos que constituyen el cuerpo del delito que nos ocupa, pero ahora en franco perjuicio de casi cualquier gobernado, que ya no tiene la seguridad ni siquiera dentro de su propio domicilio, el cual se consideraba como sagrado, el lugar donde el individuo encontraba seguridad y tranquilidad, garantía consagrada en la misma Constitución.

Lo anterior se hace mención, no con la intención de que se juzgue de que sostenemos una postura en contra de que una autoridad tan necesaria como lo es el Ministerio Público, cuya actividad resulta indispensable como el portavoz del ofendido o la víctima del delito, sino por el contrario es bien cierto que se debe de dotar de elementos efectivos para que cumpla con su muy noble labor, sin embargo, sentimos que la misma debe de estar no lejos de la eterna actuación justa y equitativa, sustentada en elementos que transgredan incluso garantías individuales, sosteniendo actuaciones sobre presunciones de una posible responsabilidad, revirtiendo la carga de la prueba, cayendo en un sistema que se semeja a los antiguos represivos métodos, sobre los cuales no se contaba con elementos que le permitiera a inculpado defenderse, un Estado que ya no cree en su elemento principal que son sus gobernados, un sistema persecutor y limitativo que sospecha de todos hasta el momento en que este demuestre que le asiste la inocencia, justificando sus actos y el origen de sus bienes, lo que quizá suena hasta ofensivo para el mismo, poniendo en duda su honestidad.

Así la adición mencionada reza así:

"Artículo 22.- ...No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por los

delitos de los previstos como delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales esto conduzca como dueño si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.”

Lo primero que se salvó de dicha redacción fue el de considerar a los bienes del sentenciado por delincuencia organizada como una confiscación, acto repudiado por ser calificado como ilegal.

Posteriormente se extiende esta autorización para afectar a aquellos bienes sobre los cuales la persona que se ostente como dueño y tenga que demostrar que sus bienes proceden de un origen lícito, poniendo entonces la buena fe de lado, puesto que ahora el adquirente por cualquier medio ya no puede confiar en las transacciones mercantiles que realice, pues corre con el temor de hacerse de un bien cuyo origen sea de dudosa procedencia, circunstancia que entorpece entonces toda actividad económica.

Ahora se puede prestar a ataques de carácter político contra cualquier persona que pueda ostentar cargos públicos adversos a los intereses del grupo político en turno, y con ello poner en tela de duda su honestidad y trayectoria, obligándolo a probar lo contrario.

Todas estas circunstancias agravan las condiciones de seguridad jurídica ya no sólo del procesado, sino ahora de cualquier gobernado.

Artículo 73.

Si bien es cierto que en realidad se respetó la redacción del artículo 73 en su fracción XXI, y tan sólo se adicionó un párrafo, es necesario saber cual era el alcance de la misma reforma. En su texto original y que subsiste ahora dice:

Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

I ...

XX ...

XXI.- Para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que

por ellos deban imponerse.

Se pretendían como consecuencia que se busque que el Congreso estableciera el régimen penal federal, mismo que ya se prevé en la fracción XXX del mismo artículo citado, puesto que dentro del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se establece que serán delitos federales aquellos que sean previstos en las leyes de la misma competencia.

Lo que en realidad se buscaba era suprimir el término penas por el de castigo y medidas de seguridad y con ello establecer toda una política respecto del manejo del problema de la delincuencia organizada. Lo que en primer plano se conseguiría al definir en forma tajante los delitos en contra de la federación (considerado entonces como un sujeto pasivo), y los delitos federales en los cuales ya el afectado y sus bienes pueden distar mucho de los intereses de la federación.

Como ya dijimos existen bien definidos tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los cuales son los supuestos penales, así como las disposiciones del ordenamiento penal federal.

Así pues el Poder Legislativo sólo se limitó a realizar un agregado a la fracción que estamos comentado:

Art.73.-

XXI ...

"Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común cuando tengan conexidad con los delitos federales."

Con lo anterior, nos percatamos del amplio margen que se está dando al Ministerio Público para actuar, facultándolo para que en forma discrecional determine si conoce de los delitos cometidos dentro del ámbito local de las diversas entidades federativas, cuya competencia es de igual forma del fuero común, "federalizando" si se me permite la expresión todos aquellos conductas que se relaciona con algún delito federal y como consecuencia de ello dar competencia tanto al Agente del Ministerio Público de la Federación como a los jueces federales para que también

conozcan de tales ilícitos.

Lo que se consiguió fue dar validez al artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales mismo que se refiere a la facultad de atracción que el representante federal de la sociedad tiene para conocer de delitos del fuero común y que se relaciona con ilícitos federales, circunstancia que hasta ese momento no se había salvado y que para el caso había provocado toda una serie de señalamientos en contra por considerarla como un acto de intervención en contra de la autonomía de cada Estado.

Así fue como se elaboró todo el conjunto de reformas que dio origen a la L.F.D.O., se preparó el camino, con modificaciones, algunas quizá desafortunadas y fuera de lugar y otras de plano innecesarias pero que daban legalidad al naciente cuerpo de normas, especializadas en el combate al nuevo tipo de delincuencia que surgía.

1.2.3 DEBATE DEL LEGISLATIVO RESPECTO DE LA L.F.D.O.

Siguiendo con el estudio sobre el origen de la L.F.D.O., es importante no olvidar los puntos que se tomaron en cuenta al momento de su discusión dentro de la Cámara de Senadores, las ideas que surgieron y los razonamientos que se realizaron para la conformación de la misma, de ahí que se inició con lo siguiente:

En el documento que se presentó a la Asamblea en Pleno el 15 de octubre de 1996, en el cual se puso a discusión el proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se siguió un método distinto para su aprobación puesto que se vertieron en un primer momento los puntos que se calificaron como importantes al mencionar sobre el procedimiento legislativo, y posteriormente se hizo la valorización del proyecto puesto a su estudio y aprobación.

A continuación se hará alusión sobre algunos puntos que creemos importantes comentar:

VALORACIÓN GENERAL.

En este punto se menciona que: "El poder revisor de la Constitución, reformó la norma de normas, para sustentar las bases de nuevos instrumentos de lucha contra el crimen organizado. Se ve en aquel cambio, que se espera en esta lucha la congruencia con el espíritu constitucional y el respeto de las garantías individuales y sociales, por ello se creó una nueva garantía individual: El derecho de todo individuo a la inviolabilidad de su comunicación privada y la obligación del Estado de castigar cualquier violación a ella..."

En un primer momento, se pensaría que esto es cierto pero hay que realizar un estudio más a fondo de lo que en realidad implica la anterior aseveración, puesto que el hecho de afirmar que se ha creado una nueva garantía individual, suena demasiado audaz. Basta estudiar a fondo para darse cuenta que no es cierto, por lo que a continuación me permito citar textualmente en el fragmento, por considerarlo necesario:

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

Este es el principio que el constituyente de 1917 estableció, como base para determinar que todo individuo que habita dentro del territorio nacional tiene derecho a su privacidad. Es la misma, que se extiende a toda la esfera de acción, a cuanto elemento material al que forma parte, a su forma de pensar y de expresión y así mismo establece en forma por demás amplia y clara que se encontrará supeditada a que dicho comportamiento se encuentre apegado a los diversos ordenamientos que regulan la conducta armónica del hombre en sociedad.

Así también se establece como obligación para la autoridad que se proceda al acto de molestia a través del procedimiento previamente establecido y con estricto acatamiento a lo marcado en la ley, esto es por mandato escrito emitido por una autoridad que sea competente, y en el cual se establezca la fundamentación en preceptos legales y por otro lado se motive por medio de nexos lógicos y evidentes,

a que dicha actuación se encuentra justificada por los supuestos establecidos por la ley y de ahí se relacionen con los hechos realizados por el gobernado.

Es todo lo anterior y con base en una necesaria y conocida interpretación extensiva de lo establecido en la Carta Magna, que el sentido del legislador no se limitó a la literalidad de lo manifestado por el primer párrafo del artículo 16, sino que en este caso su propósito fue proteger en la totalidad de los derechos del individuo, respecto de su persona y todo el conjunto de elementos humanos, materiales e intangibles que le rodean y que le permiten su desarrollo humano e intelectual.

De no ser así se tendría que haber elaborado un listado detallado de todas aquellas garantías que serían protegidas, así como de las limitantes a estas, situación que no se dio.

Es en el mismo sentido en como el Dr. García Ramírez se pronunció al mencionar:

“Cuando se practicó la reforma del artículo 16, no faltaron voces que recordaran con razón, que ese cambio era innecesario: bastaba con atender a la regla genérica sobre actos de molestia a particulares, contenida en el primer párrafo del precepto; en todo caso, hubiera sido aconsejable regular la intervención de comunicaciones personales en los términos en que se regula el acceso al domicilio mediante cateo. Esto último había sido explorado por la jurisprudencia federal, como se advierte en una resolución de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el amparo directo 1993/ 86, promovido por Fernando Karam Valle y otro y resuelto el 21 de marzo de 1987, conforme al proyecto del ministro ponente Guillermo Guzmán Orozco.”^{xii}

^{xii} García Ramírez, Sergio, Op. Cit. Pag. 50

Para posteriormente agregar como comentario lo siguiente:

"... Una interpretación evitaría innecesarias reformas constitucionales y mantendría viva la protección de la justicia, concentrada en la naturaleza misma de los bienes tutelados por la norma, más que en la expresión circunstancial con la que estos se identifican en una época determinada."

Es por la trascendencia y la claridad que aporta tal tesis que esta forma es como la cita el Dr. García Ramírez que se considera necesaria su transcripción:

"...es verdad que si de autos aparece que la policía judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ellos, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quien se les atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron el 1917, y de naturaleza sustancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o

garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la más alta importancia para que se pueda decir que se vive en libertad, con dignidad, y no en un estado policíaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de las reformas ofrece a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no solo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no solo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza que esta actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de intervenir en esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y gravar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16. Hay que determinar cual es el valor protegido por la garantía y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que esta vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía. Así pues debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policiaca en sus derechos en su privacidad. Y para tal efecto lo mismo dá que el teléfono utilizado estuviese en un hogar, en una oficina, etc., pues el mismo valor de privacidad de las personas, y de sus pertenencias,

se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, sin la interceptación telefónica, no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende nulo de pleno derecho en si mismo y en sus frutos”.

Queda claro con esto, que el legislador por un lado desconoce el alcance legal de nuestras leyes y la debida forma de aplicarlas, tirando por la borda más de medio siglo en aplicación de nuestros ordenamientos.

Por otro lado quiere adjudicarse la creación de una nueva “garantía” constitucional que desde la creación de la misma carta magna ya había sido considerada, por el Poder Constituyente dentro del artículo 16 Constitucional y por lo tanto no nos parece correcto que pretendan adjudicarse la paternidad de una garantía plenamente demostrada en cuanto a su existencia previa.

Posteriormente se hace un apartado denominado valoraciones particulares, en el cual se encuentran diversas consideraciones hacia lo que se calificó como los puntos más importantes que la L.F.D.O. incluyó.

Entre ellos nos refiere dentro del punto marcado con el numeral 11 lo siguiente:

“nuestro afán de dotar de instrumentos jurídicos al Estado para hacer frente a la delincuencia organizada no debe romper con el entramado jurídico vigente, ni menos confundir la ubicación estructural de las normas jurídicas”.

De ahí partimos que primero, se asegura que no se pretende romper con el entramado jurídico vigente al dar nacimiento a nuevas normas jurídicas, pero al analizar el alcance que se ha conseguido con la nueva ley, vemos que se modifica

la Carta Magna para evitar con ello una contradicción y con esto violar a la misma, pero en realidad sí se rompieron una serie de principios jurídicos sobreentendidos como existentes y respetados durante la vida post-revolucionaria de México.

Se trata pues, de dar entrada a una nueva serie de ordenamientos, con la modificación indiscriminada del principal cuerpo de leyes constitucionales, y con ello justificar cualquier cantidad de cambios.

Se trató así de crear un nuevo tipo penal basado en uno ya existente con una alta penalidad, con el simple hecho de formar parte de un grupo delictivo, con una organización definida, un tipo penal que nunca termino por acabar de nacer, que deja dudas acerca de si en realidad se debe manejar como un simple agravamiento de la asociación delictuosa, lo que nos deja en el punto de pensar que se trató de un cambio, pero que quedó en una buena intención.

Bien sabemos que cuando el Estado pone en acción todo su aparato persecutorio y aplicación de justicia, hasta llegar a sancionar a un individuo por haber cometido una conducta contraria a derecho y por haber vulnerado algún bien tutelado, es porque implica un fracaso en la política preventiva y social del mismo Estado, y además cada delincuente que existe es una prueba viviente de que las condiciones sociales de un país están deterioradas; si el delincuente se da cuenta que por medio del hecho ilícito, puede acceder a un nivel de vida mejor, no dudará en romper las barreras morales y sociales para conseguirlo, como lo dijimos anteriormente la única barrera real para evitar que un individuo cometa algún delito, es si mismo.

1.3 LA ESTRUCTURA DE LA L.F.D.O.

Todos los antecedentes que se han descrito, así como las acciones tomadas para atenderlos dieron como resultado la creación de la Ley que ocupa nuestro estudio,

misma que se encuentra estructurada de la siguiente manera:

La Ley consta de 4 Títulos, 10 Capítulos y 44 artículos, los cuales se desarrollan de la forma que a continuación describimos.

NATURALEZA, OBJETO, Y APLICACION DE LA LEY PROCESAL.

En el cual se determina el alcance de la Ley, su ámbito de aplicación territorial. De igual forma describe los elementos del nuevo tipo penal, en su muy particular manera de conjugar el aspecto de agravante para los siguientes tipos penales a los cuales se le va a aplicar.

Señala también los plazos de prescripción y las disposiciones aplicables en forma supletoria.

DE LA INVESTIGACION DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

En este punto se contempla la creación de una unidad especializada que se utilice en tareas de combate a esta clase de delincuencia, de acuerdo a sus funciones y nuevas atribuciones.

Le autoriza a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, su intervención dentro de las investigaciones, cuando se trate no sólo de delitos con recursos de procedencia ilícita, sino de cualquier miembro sobre el cual exista sospecha de que pertenece a la Delincuencia Organizada.

Pero en este caso va más allá, puesto que ahora se le indica al Ministerio Público el alcance que deben tener sus investigaciones, para lo cual autoriza la utilización de agentes infiltrados en las organizaciones delictivas; conceptos totalmente nuevos en la forma de realizar las actuaciones del Ministerio Público.

DE LA DETENCION Y RETENCION DE INDICIADOS.

Por otro lado la L.F.D.O., se vuelve más enérgica, puesto que califica de entrada a

los delitos contemplados en la misma, como graves, y con ello se permite ampliar los plazos aplicables para el caso de la prescripción duplicándolos en lo concreto; situación que resulta aplaudible puesto que de esta manera se combate directamente la impunidad, y se le permite de alguna manera al órgano persecutor actuar con un campo de acción mayor.

DE LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Se considera en este punto de vista una serie de limitaciones hacia el indiciado y su defensor, puesto que ahora sólo tendrá acceso a las actuaciones que tengan relación a los hechos imputados en su contra, cosa que se antoja como un punto desventajoso para el imputado, por lo que puede tomarse como una limitación para realizar una defensa adecuada, como lo consagra la misma Constitución Política en su artículo 20, ya que ahora la persona señalada como probable responsable de la comisión de alguno o algunos de los delitos que abarca la L.F.D.O. o bien su defensor, no pueden contar con todos aquellos documentos que consagren pruebas o testimonios que por la naturaleza del proceso y del delito de Delincuencia Organizada en ningún momento se puede concebir ni realizar en forma aislada y sí por el contrario siempre se llevan a cabo en forma conjunta, lo que no permite imaginar el que se pueda realizar la defensa correcta en forma fraccionada, independiente del resto de los probables participantes y de los elementos que obren en autos, tanto en la etapa indagatoria como procesal, sosteniendo como argumento el de la seguridad de las personas que depongan en contra de los indiciados.

Esto es que, si bien es cierto que a cada individuo se le considera en lo particular, la Ley no toma en cuenta que se trata de una forma de delincuencia que para su comprobación requiere la integración y sobre todo la valoración de las constancias en forma global, y no por partes que es la forma en como se le permite acceder a la defensa, por ello es que al seguir la forma determinada en el ordenamiento que tratamos, no se permite una defensa completa, puesto que el hecho de poner a la

vista de cada indiciado una porción de las actuaciones, limita en forma grave su derecho a la defensa adecuada dejando al descubierto una abierta parcialidad hacia el Ministerio Público.

Continuando con la misma tónica, la Ley en el afán (muy loable) de proteger a las personas que intervengan en el procedimiento y depongan en contra de algún o algunos integrantes de la delincuencia organizada, limita de igual forma el acceso al conocimiento de elementos esenciales para la defensa efectiva y adecuada, puesto que se mantendrá bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal y será durante el proceso cuando el probable responsable tendrá el derecho a conocer su identidad y poder carearse con el mismo, por lo cual nos preguntamos si bajo estas reglas procesales es posible concebir un derecho, como lo es el que posee un individuo de defenderse ante una imputación en su contra, cuando el procesado incluso puede estar privado de su libertad, y no conocer a la persona que lo señala como responsable de la comisión de algún delito previsto por la L.F.D.O., dentro de la etapa de Averiguación Previa.

DE LA INTERVENCION Y VIGILANCIA DE COMUNICACIONES.

La Ley autoriza la utilización de medios electrónicos para la intervención de toda clase de comunicaciones, así como de realizar vigilancia también de carácter electrónico.

Esto se realiza a través de una solicitud ante Juez de Distrito, sin embargo se le proporciona al agente de Ministerio Público, toda una serie de instrumentos, con los cuales se busca a cualquier medio que se proporcione la autorización para realizar la intervención de medios electrónicos. Esto es que se cuenta ante el silencio por parte de la autoridad judicial, con la queja ante el Consejo de la Judicatura y ante la negativa, la apelación.

Se limita la actuación del Juez para que emita su autorización sobre la procedencia de intervención electrónica, a la existencia de indicios suficientes que considera que una persona pertenece a la delincuencia organizada.

Esto pone barreras y límites a la libertad del Juzgador de solicitar mayor cantidad de elementos de prueba, y con ello realizar una valoración más completa evitando con ello cometer errores y así no violentar garantías constitucionales; puesto que sólo la ley le permite considerar la existencia de indicios suficientes, lo que lo coloca en una situación difícil para poder determinar, sobre la procedencia de la solicitud planteada.

Nos habla también sobre la forma de presentarse las diversas grabaciones recabadas y en un momento determinado su posterior destrucción a fin de que no se realice un uso ilícito de las mismas.

Se denota pues, un insistente ánimo en limitar en lo posible el trabajo que pueda realizar el defensor y se le ha dotado a la parte acusadora de una serie de elementos, que le permiten ya no sólo investigar, sino incluso acosar al gobernado a fin de vincularlo con actos cometidos por la delincuencia organizada.

De tal forma tenemos que los beneficios que se puedan obtener van desde no considerar como existentes los elementos de prueba en contra de quien colabore con las autoridades, y con ello que no se ejercite ninguna acción penal en su contra o bien hasta el de reducir en otros casos las penas correspondientes desde las dos terceras partes hasta la mitad de las mismas.

DE LAS REGLAS PARA LA VALORACION DE LA PRUEBA Y DEL PROCESO.

En este rubro, el legislador considera al juzgador como una persona sin el suficiente conocimiento o capacidad para darle la correcta valoración a los elementos aportados, puesto que entonces se vulnera a la libertad con que cuenta el juzgador para darle, de acuerdo a su criterio y conocimiento la valoración que le corresponda en referencia al sistema de valoración de la prueba que el MTRO. JULIO HERNÁNDEZ PLIEGO, en su obra define como: "El conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el enjuiciamiento y su forma de evaluarlas ...", para después señalar nos que: "Nuestros Códigos de Procedimientos

Penales (Artículos 279 y 290 CFPP y 246 y siguientes CPPDF) acogen este (último sistema (Sistema Mixto, si bien no abandona cabalmente el de la prueba tasada y en cuanto a algunas prueba, se establece como limitante de la actividad valorativa del Juez.^{xiii}

Va más allá puesto que le indica a la autoridad judicial, la apreciación en el contenido que pueden señalar o contener los indicios, al grado de que se les pueda considerar como una prueba plena, esto es que ahora se podrá por disposición de ley y no por un proceso lógico y razonado, considerarse que un indicio, sea equivalente a una prueba contundente, que por si misma relacione a una personal con alguna organización delictiva.

DEL ASEGURAMIENTO DE BIENES SUSCEPTIBLES DE DECOMISO.

Considera la ley, que cuando se reúnan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona pertenece a una organización delictiva o bien que tiene vínculos con esta, el Ministerio Público solicitará a un juez federal la autorización para realizar el aseguramiento de sus bienes o de aquellos en los cuales, se conduzca como dueño; y en su caso ahora queda para sus tenedores el que acredite su procedencia legítima, para ordenar que se levante el aseguramiento. Estos bienes quedarán al resguardo de la autoridad judicial, quien proveerá lo necesario para evitar su pérdida o deterioro.

PROTECCIÓN DE PERSONAS .

Le confiere a la P.G.R. la obligación de custodiar a toda aquella persona que en apoyo a la administración de justicia, vea en peligro su persona al participar en un proceso.

^{xiii} Programa de Derecho Procesal Penal.
Hernández Pliego, Julio.
Ed. Porrúa 2a edición, 1997 México D. F.

DE LA COLABORACIÓN EN LA PERSECUSIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Se implanta en este contexto una nueva forma de aplicar la ley, puesto que ahora la autoridad puede negociar con el delincuente su colaboración y la ayuda que pueda aportar, con los elementos de prueba que proporcione para poder investigar y en su caso ejercitar la acción penal en contra de alguna persona.

DE LA PRISION PREVENTIVA Y EJECUCION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Por último se determina que se separen a los individuos que hayan colaboraron con la autoridad, de aquellos que no lo hicieron, cosa que suena lógico, ya que con esto se evitará posibles venganzas contra aquellas personas que hayan ayudado a la captura y enjuiciamiento de los miembros de la delincuencia organizada.

Así también, se le limita el derecho a la libertad preparatoria a los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente ley o por otro lado la condena condicional, salvo que el caso antes mencionado de colaboración con la autoridad

Este mismo beneficio se otorga bajo las mismas condiciones para el caso de tratamiento preliberacional, que pudieran gozar las personas involucradas en delitos de Delincuencia Organizada que prevé la ley en estudio o bien también la remisión parcial de la pena que se regula en ley que establece las norma sobre ejecución de penas y de medidas de seguridad.

CAPITULO II.

DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

2.1. EL ASEGURAMIENTO.

2.1.1 NATURALEZA.

El nuevo régimen creado dentro de la LFDO, lleva dentro de sí una serie de temas que por su naturaleza dan lugar a varios análisis y comentarios, por lo que el detenerse en los mismos excedería el propósito del presente trabajo.

Sin embargo a nuestro parecer uno de los más gravosos y que puede dar lugar a considerar que el principio de inocencia se vio quebrantado es lo que se estableció en el artículo 29 del ordenamiento en estudio, dentro del capítulo V: " Del Aseguramiento de Bienes susceptibles de decomiso".

A efecto de iniciar el estudio del contenido de los elementos que forman parte del mencionado artículo, y de ahí el alcance jurídico del mismo, se reproduce a continuación su texto:

"Artículo 29.- Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, podrá disponer, previa autorización judicial el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquellos de los cuales esta se conduzcan como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento."

Como nos damos cuenta se refiere a la diligencia de aseguramiento respecto de los

bienes que son relacionados con la comisión de los delitos y en el caso particular se encuentran ligados con la modalidad de delincuencia organizada.

Lo anterior nos obliga a consultar a diversos juristas que han escrito en relación con el tema, para contar con elementos con los cuales poder comprender el nuevo alcance de las más recientes disposiciones en la materia.

Así pues, el LIC. MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON SAGAON dentro de su "Diccionario de Derecho Procesal Penal" señala:

"Aseguramiento : Medida cautelar que decreta el Juez o el Ministerio Público para impedir que se oculten o pierdan los objetos relacionados con el delito y que sean necesarios o tengan reelevancia para el proceso .El aseguramiento se efectúa mediante, el depósito o secuestro que se hace de los objetos bajo la responsabilidad de la autoridad que lo dicte."^{XIV}

Partiendo de aquí al estudiar a las medidas cautelares, nos percatamos que son muy pocos los tratadistas que se refieren al tema, en lo particular, siendo uno el LIC. JORGE A. SILVA SILVA.

Para el LIC. SILVA SILVA las medidas cautelares encuentran su explicación en los argumentos que sostiene PIERO CALAMANDRAEI y FRANCISCO CARNELUTTI siendo este última citado por el maestro SILVA SILVA, el que inicia el estudio de las medidas cautelares:

"CARNELUTTI comienza separando al proceso contencioso del de cognición, del que llama proceso cautelar mientras que el primero es definitivo el

^{XIV} "Diccionario De Derecho Procesal Penal."
Díaz De Leon Sagaon, Marco Antonio.
Ed. Porrúa, 1994, México D.F.

segundo es provisorio.^{xv}

Y posteriormente hace una aproximación más detallada al citar a PIERO CALAMANDREI de la siguiente forma:

“... El investigador prefiere aludir a las providencias cautelares, para diferenciarlas de las definitivas. Las medidas cautelares nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.”^{xvi}

Así tenemos que debemos empezar por separar la naturaleza con la que esta investido tal procedimiento, relacionando a las medidas cautelares de la que componen el resto de las actuaciones en el proceso, puesto que si bien uno esta inmerso en el otro, no se trata de la misma situación.

En primer lugar las medidas cautelares como un procedimiento independiente, se rige por sus propias reglas y dada a su especial naturaleza, recae en una determinación aleatoria a la situación principal en este caso en materia penal.

Esto es, que no nace por si misma si no que su origen depende de la existencia de un procedimiento diverso, con sus propias medidas. Siempre estará supeditada al fin que corra la suerte principal, de tal modo, que si este concluye, el otro encontrará también su fin.

Así también se señala que tiene el oficio de preparar el terreno y aprontar los medios más aptos para su éxito, lo que nos da la idea de que además esta fungiendo la función de auxiliar, y para el fin de realizar una efectiva aplicación de la ley en la impartición de justicia. Como tal es una herramienta útil para el órgano persecutor , así como también para el juzgador, pues les permite conservar en un

^{xv} Derecho Procesal Penal.

Silva Silva, Jorge Alberto.

Ed. Harla, Edición 1996, pp. 484

estado seguro tanto objetos como personas a fin de evitar que con el paso del tiempo, o bien por la acción humana, estos sufrieran un deterioro o bien la pérdida total de los mismos.

Por otro lado se le permite a la autoridad acceder a situaciones de hecho, que en un momento determinado serán fundamentales para tomar una decisión final, sobre la probable responsabilidad del o los procesados, y determinar la suerte que correrán bienes específicos.

Ahora que ya sabemos la utilidad de las medidas cautelares, pasamos a conocer sus características y clasificación y para ello continuamos con la misma obra del maestro SILVA SILVA, quien nos refiere lo siguiente:

“La medida o provincia cautelar o provisional se caracteriza por su provisoriedad. Esto es, que sus efectos estarán limitados en el tiempo hasta tanto se pronuncie la providencia definitiva.”

Afirmación cautelar que robustece nuestros comentarios anteriores.

Otra característica es que: “trate de evitar que se agrave el daño marginal que se podría producir, de no imponerse una medida provisional”. La anterior afirmación encuentra explicación líneas más adelante de la siguiente manera:

“Así, mientras que, cuando el daño ya se ha producido y su remedio reintegrativo se halla en el proceso declarativo, el proceso cautelar tiene como objetivo, el preventivo de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquel.”^{xvi}

En pocas palabras se trata de evitar un daño mayor a causa del transcurso del

^{xvi} Idem.

^{xvii} Silva Silva, Jorge

Op. Cit. p. 485

proceso.

Posteriormente señala como otra característica a la urgencia, alegando que de no imponerse la medida cautelar, el peligro se transformaría en realidad, sin embargo a nuestro punto de vista no es una situación determinante para todos los casos en que se requiera decretar alguna medida cautelar, puesto que en muchos de los casos se aplica como un procedimiento rutinario ya que no existe una presión externa por el transcurso del tiempo, sino por la seguridad que obliga observarse, a fin de evitar pérdidas o deterioro.

Y por último, sin que por eso deje de tener gran importancia, lo es que la misma medida cautelar no alcanza la autoridad de cosa juzgada. Lo que permite ser atacada por los medios adecuados a fin de alterarlas o revocarlas.

Esto nos confirma la idea de aleatoriedad y nunca de cosa principal; no decide la situación principal, no se pronuncia sobre el origen del asunto, sino sobre la situación que guarda un individuo o un bien determinado que tiene una estrecha vinculación, en este caso con un proceso penal.

Si este concluye en favor del procesado, las medidas se levantan, si ocurre lo contrario, estas se ven confirmadas y se tomarán nuevas medidas, estas ya definitivas con respecto del fin que les dará a los objetos y sujetos que tienen relación con las mismas.

CLASIFICACION.

Su clasificación más general es aceptada por diversos autores, tanto en nuestro país como en el extranjero, personajes como el maestro PIETRO CASTRO, en España y el Dr. GARCIA RAMIREZ, tienen clasificadas a las medidas cautelares de la siguiente manera:

- PERSONALES

- REALES

El maestro PIETRO CASTRO las explica de la siguiente manera:

“Las personales sí afectan a los sujetos a quienes se atribuyen la comisión de los hechos punibles”, y con relación a las reales nos dice: “ ...tienen por finalidad asegurar los resultados de la acción civil para el objeto civil”^{xviii}.

Y en este caso como una extensión más, se aplicará para los casos diversos tanto de la acción civil, como del objeto, pudiendo ser destruidos o utilizados como recursos que utilice el Estado para la realización de sus fines, entre ellos el de procurar o impartir Justicia.

MEDIDAS CAUTELARES REALES.

En referencia al objeto sobre el cual se aplican estas medidas, según el maestro SILVA SILVA se encuentran clasificadas de la siguiente manera^{xix}:

a).- Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena al pago del resarcimiento del daño causado con motivo del delito. Trátase de medidas de carácter esencialmente civil.

b).- Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa.

c).- Medidas que aseguran o conservan alguna cosa, hasta tanto se decide en definitiva quien tiene mejores derechos sobre la misma.

^{xviii} Leonardo Pietro Castro, Citado
Por Silva Silva, Jorge, Op. Cit. P. 486

^{xix} Ibidem p. 488

d).- Medidas que aseguran fuentes de pruebas.

Las primeras de las medidas indicadas son de carácter civil y no puramente penal, es decir, están afectas a una pretensión de naturaleza civil aunque en sede penal.

Así al Ministerio Público le corresponde pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño (art. 136 fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales). Aquí se inscribe el embargo de bienes del potencial deudor.

El segundo tipo de medidas cautelares esto es, las que aseguran la ejecución de la condena a la pérdida de alguna cosa, se encuentran en nuestra ley en los artículos 181 y 187 del Código antes mencionado.

Las medidas conservativas surten efecto hasta que se decida quien es el que posee mayores derechos, encontramos, por ejemplo el secuestro de cosas robadas cuyo propietario es ignorado.

La última de los cuatro tipos de medidas reguladas (las que aseguran fuentes de prueba), es tal vez la más prolífica en el ordenamiento. Trátase con estas de impedir que se pierda, destruyan o alteren las huellas o vestigios de hecho delictuoso, o los datos que se sirvan para identificar a alguna persona muerta, en el caso de que su cadáver no pudiera ser identificado.

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Esta afectación preventiva que incide sobre la persona (Persona Física) le impide su movilidad o libertad de tránsito, comunicarse con otras personas o facultar a las autoridades a examinarlas anticipadamente.

Arraigo.- Mediante la providencia de arraigo se le impide a una persona física su libertad de tránsito, obligándola a quedarse en el lugar del juicio, sin posibilidad de

poder abandonarlo hasta tanto se cumple la condición establecida. El arraigo puede ser de testigos (art. 256 Código Federal de Procedimientos Penales y 215 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.) o de sujetos pasivos del proceso (arts. 133 bis, 135 y 205 del ordenamiento penal federal).

Examen anticipado de testigos.- Si alguna persona tiene que ausentarse del lugar del juicio, podrá ser examinada anticipadamente (art. 256 CFPP)

Internamiento de enfermo.- Las personas lesionadas con motivo de delito deberán ser atendidas en los hospitales públicos, o en el cualquier otro lugar bajo responsiva médica, indicando su ubicación. Los sujetos pasivos del proceso respecto de los cuales se sospeche alguna anomalía mental podrán ser enviados a un hospital o departamento especial para este tipo de personas (art. 188 y 495 del CFPP)

Para los efectos de este trabajo sólo nos remitiremos a las medidas de carácter material, pues son por si mismos extensos los temas a tratar, en relación con las medidas cautelares.

En los cuatro supuestos estudiados, todos se encuentran regulados y previstos por el ordenamiento jurídico penal mexicano, lo que nos lleva de la mano a tocar el siguiente punto

2.1.2 REGULACION

En primer lugar se encuentra previsto en la Constitución Política, dentro de las modificaciones que se hicieron al artículo 22 en forma directa, lo que le da legalidad al acto, así como en forma indirecta se encuentra inmerso dentro de las actuaciones del Ministerio Público, que se encuentran reguladas por el artículo 21 y 102 de la Carta Magna.

El aseguramiento de bienes relacionados con la comisión de un ilícito, por ser un acto de autoridad, se encuentra previsto y regulado en el Código Penal, así como en

el Código de Procedimientos Penales, tanto en el fuero federal como en el local (D.F. u otra entidad de la República), de acuerdo a la clasificación que se estableció anteriormente.

En el Código Penal Federal se prevé dentro de los numerales 40 y 41, en los cuales determinan los supuestos y las circunstancias sobre las cuales se pueden realizar tanto en el decomiso como su aseguramiento.

Así primeramente se habla que "...los instrumentos así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional ..." Nos percatamos que se trata de una redacción más benévola, tomando en cuenta que se refiere a delitos que no alcanzan el nivel de organización y peligrosidad en comparación con los que estamos tratando; pero por el otro se cuida el hecho de no caer en circunstancias extremosas, en relación con el artículo 29 de la LFDO.

Esto por lo que se refiere al decomiso de los mismos, pero previamente existe un acto anterior como lo es el aseguramiento y el mismo artículo 40 hace referencia al mismo: "... Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso durante la averiguación previa o en el proceso...".

Como vimos en un principio, el aseguramiento como acto de autoridad se deja en manos de aquella institución que por su naturaleza y encargo se especializa en tales misiones; y aunque el Código Penal no hace mención de que autoridad es competente, ni nos remite a algún otro ordenamiento que lo mencione, sabemos que será la P.G.R. en el caso de ilícitos que afecten bienes federales o por los elementos que intervengan, que hagan necesaria hacerla de su conocimiento y en el caso de del D.F. o de las diversas Entidades Federativas de acuerdo a sus Códigos Penales respectivos, deberán tomar las providencias necesarias a fin de realizar dicho aseguramiento, por parte de sus propias procuradurías.

En su segundo párrafo nos habla del destino que se deberá dar a los bienes, ya

decomisados, dejando a la consideración de la autoridad competente el uso o utilidad que se le dará.

A lo que se refiere el artículo 41, es en relación a meros trámites administrativos, relacionados con el mismo aseguramiento y decomiso, sin adentrarse más a fondo del tema.

Por otro lado y pasando al conjunto de disposiciones procesales tanto en el ámbito federal, como local, tenemos dispuestos lo siguiente:

En el capítulo II del Título Quinto, en su artículo 181, se enumeran diversas providencias a fin de llevar a cabo el aseguramiento de bienes a efecto de evitar su pérdida o deterioro, esto es que en el momento en que el Ministerio Público conoce de la existencia de la comisión de un delito, o se constituye en el lugar de los hechos y con el fin de iniciar las diligencias en la etapa de averiguación previa, debe de recoger o poner en secuestro judicial o al cuidado de alguna persona los objetos o instrumentos que presuntivamente se encuentran en el lugar en donde se cometió tal ilícito o que tiene relación con el mismo.

Esto es asegurar las huellas del delito, con el objeto de evitar que se pierdan o destruyan, lo que impediría el llevar a cabo una correcta investigación y con ello llegar a la verdad que se busca. Con esto se protegen las posibles fuentes de pruebas que existan.

Posteriormente el mismo artículo 181 nos refiere a un inventario que deberá levantarse, en donde se describa el o los objetos encontrados a efecto de que sean identificados en cualquier momento.

Cosa que no sucede en relación a estupefacientes, puesto que se ordena a la autoridad la destrucción de los mismos, dejando una muestra para que obre en la averiguación previa respectiva.

Si se trata por el contrario de objetos distintos a los anteriores, se le notificará al

interesado dentro de un plazo posterior al del aseguramiento, para que alegue lo que a su derecho corresponda, de no hacerlo así se procederá conforme a los artículos 40 y 41 del Código Penal. Cuando se realiza la venta de los objetos o bienes que no son reclamados se debe notificar al interesado.

Todo lo anterior tiene relación directa con el artículo 136 fracción III, del mismo CFPP.

En la competencia local el CPPDF se refiere a los mismos supuestos en los artículos 94, 98 y 100, aunque no existe expreso un apartado exclusivo, que agrupe a estas medidas cautelares, que se estimen como "Disposiciones comunes" en relación a las diligencias propias de la averiguación previa.

Lo que es cierto es que nunca se hace mención de alguna forma o procedimiento para llevar a cabo la solicitud de devolución de los mencionados bienes, ni por vía incidental o por medio de algún procedimiento administrativo. O dicho de otro modo, sí se prevé la realización del acto, pero ni su continuación ya dentro del proceso, como tampoco la forma en como el particular puede recuperar los mismos, ni remite a algún otro cuerpo de normas sean administrativas o judiciales.

Hay sin embargo, toda una serie de disposiciones administrativas, que son desconocidas para la mayoría de los litigantes y para casi cualquier abogado por la especialización que el tema obliga a observar, estas son aún vigentes a pesar de la aparición de la Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, por lo que hace a los asuntos iniciados hasta antes del 14 de agosto de 1999, fecha en que dicha ley entró en vigor, y que sería el ordenamiento que regirá los trámites relacionados con dicha materia.

Este grupo de normas son en realidad circulares emitidas por los diferentes procuradores generales que han pasado por tal Institución en los últimos años, en el afán de darle una regulación lo más apegado a derecho posible.

En tales circulares se encuentran como las más importantes las siguientes:

03/93

22/93

Todas emitiendo diversos mandatos, sobre todo a los Agentes del Ministerio Público de la Federación en relación a la actuación que deben observar, respecto de las diligencias realizadas en la averiguación previa y la administración de los bienes que se aseguren por el presunto vínculo que guarda con la comisión de algún ilícito.

A continuación expresaremos brevemente los puntos generales que tratan cada una de las anteriores circulares.

En primer lugar debemos mencionar, que cada una se refiere a diversas circunstancias y momentos procesales sobre los cuales se ve afectado el bien asegurado, y en las cuales más o menos, sí se detalla los procedimientos, que en este caso son administrativos, para llevar a cabo el manejo de los bienes asegurados.

El instructivo 03/93 o circular 03/93, emitido el 14 de octubre de 1993, por el Dr. JORGE CARPIZO, se concentra desde el momento en que el Ministerio Público recepciona los bienes susceptibles de ser asegurados, elaborando el acta respectiva y lo hace del conocimiento de la Dirección General de Control de Bienes Asegurados perteneciente a la Oficialía Mayor de la P.G.R., hasta el procedimiento de la devolución del mismo.

Hace referencia a las cuentas y movimientos bancarios y monetarios, en las Instituciones pertenecientes al sistema bancario.

En un rubro posterior se manejan los bienes muebles, esto es, abarcando vehículos terrestres, marinos y aéreos, siempre se dejará bajo la custodia y control de la mencionada Dirección General. Lo cual incluye en el mencionado supuesto a fauna silvestre, dando intervención a la Secretaría de Desarrollo Social, mismo caso el de joyas arqueológicas o piezas de museo, en los cuales se hará depositaria a la

Secretaría de Educación Pública.

Con lo que toca a los bienes muebles, se realizará el aseguramiento, siempre tratando de evitar el causar un mayor daño a las personas que tengan un estrecho vínculo con los mismos, pero por el hecho de caer en el supuesto de ser terceros de buena fe, ajenos a la comisión del delito que se trate, no deben de ser perjudicados los posibles ingresos que puedan tener o bien abandonar dichos inmuebles.

De igual forma da entrada a la Secretaría de la Defensa Nacional, en el caso de aseguramiento de armas de fuego o explosivos o en su caso químicos o sustancias medicinales a la Secretaría de Salud.

Por último se refiere al procedimiento de devolución de los bienes que sea ordenada por los tribunales judiciales. En este caso hace una marcada mención de las documentales que se deben exhibir a la Dirección General en comento, siendo estos la solicitud de devolución, acreditando la personalidad ya sea el interesado o su apoderado legal, así como copia certificada de la resolución judicial, habiendo causado estado la misma. Volviendo a insistir que esto sucederá en los casos iniciados antes de la fecha en que la Ley de Administración, antes mencionada, que establece un procedimiento diverso.

Como respuesta a lo anterior, la mencionada Dirección emitirá un acuerdo correspondiente, pero no se establece ni el período de tiempo para emitir dicho pronunciamiento ni el recurso en caso de existir una negativa, lo que da a entender que se recurrirá directamente a la Procuraduría Fiscal de la Federación, por tratarse de una resolución de carácter administrativa, y de ahí al juicio de garantías.

Además no existe mención alguna en relación a la responsabilidad en que incurren los servidores públicos, por el uso o maltrato que pueden sufrir los diversos bienes durante el período aseguramiento, en que se ven envueltos.

La siguiente circular, marcada con el número 22/93, de fecha 5 de agosto de 1993, se refiere al mismo tema pero enfocado de manera general a como llevar a cabo el

mismo aseguramiento sin hacer referencia al procedimiento de devolución.

En un primer párrafo define al mismo aseguramiento de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta circular, se entenderá por aseguramiento la facultad real, virtual y jurídica, del Ministerio Público Federal, para preservar y tutelar todos aquellos bienes involucrados en una averiguación previa o aquellos que por motivo y en ejercicio de sus funciones le fueren entregados para su guarda a esta Procuraduría.”

Esta definición cuenta con muchos elementos similares a la que nosotros proporcionamos en un primer momento, sin embargo también contiene otros tantos que nos parece necesario analizar a fin de no dejar ideas sueltas y en este caso contradictorias.

Nos habla en primer plano de una facultad real, lo que se comprende por el hecho de versar sobre elementos materiales, tangibles que pueden ser bienes muebles o inmuebles.

En donde consideramos que se encuentra en verdadero problema, es al momento de definirla como una facultad “virtual”, lo que debe ser entendido primeramente.

El término Virtual según la lengua española se define así:

“Posible, que no tiene efecto actual. Fis. que tiene existencia aparente pero no real.”^{xx}

Entendida así, una facultad virtual es aquella potestad que tiene una existencia meramente aparente sin un efecto material, actual, sino solamente potencial.

Esto en la realidad no es verdad, puesto que el aseguramiento de bienes no solamente tiene efectos legales, además de estos, existen de facto, reales y que

^{xx} Diccionario De La Lengua Española.

son inmediatos, que son resentidos en la esfera competencial del gobernado y sobre todo en su patrimonio.

En este caso también la autoridad percibe dicho acto, como emisor del mismo, toda vez que puede verse incrementado su patrimonio, por lo menos en forma provisional.

Y es quizá este último término, sea el más adecuado para dar su verdadera naturaleza al aseguramiento, puesto que es la provisionalidad con que este tipo de actos se ven investidos, y no la virtualidad con que se pretende definirlos; ya que se trata de determinaciones que no son definitivas y que no lo será hasta que se pronuncie la resolución respecto de la cuestión principal.

En general coincidimos con el resto de la definición proporcionada para poder continuar con el presente trabajo.

Más adelante ordena a los Agentes del Ministerio Público que para llevar a cabo las actuaciones de aseguramiento, se deben cerciorar que los mismos sean de exclusivo propiedad de los involucrados en la averiguación previa y que se encuentran en su posesión o de un causahabiente, pariente o cualquier persona sin importar el vínculo que los una.

Ahora bien, no se refiere sobre la actuación del Ministerio Público en el caso de no encontrarse en ese supuesto, o sea no le indica qué debe realizar el Ministerio Público, si se encuentra en manos de una persona ajena a la comisión del delito o que tenga algún vínculo con el indiciado. Lo que se entiende de dicha relación es que el representante social debe abstenerse de realizar dicho aseguramiento, puesto que no existe esa certeza de la que se habla en el primer punto, al referirse de que debe cerciorarse de la propiedad del bien respecto del probable responsable. Esto debido a que no se desprende de las constancias que integran la averiguación previa, indicios que vinculen a uno con el otro, o de lo contrario se vería obligado a realizarlo. Como ejemplo tenemos a aquel adquirente de buena fe que sería un

tercero ajeno, a la comisión de algún ilícito.

Sin embargo sí existe mención respecto de "personas relacionadas con él (indiciado) mediante vínculos afectuosos, delictuosos o comerciales". Esto es como dijimos anteriormente en el caso de ser terceros ajenos que se ven involucrados e incluso afectados, puesto que serán objeto del acto de autoridad y limitados en la posesión de diversos bienes. Tampoco refiere a la copropiedad de diversas personas, aún y que algún o algunos de ellos no pertenezcan a la Delincuencia Organizada, tampoco si se debe dejar en depositario para permitir en el caso de que se utilice en actividades lícitas, a los que en ese momento detentan la posesión, la explotación o utilización de implementos o maquinaria que por poner un ejemplo pudiera tratarse.

Pero la autoridad va más allá, puesto que pueden asegurar bienes, aunque no sean de la propiedad del probable responsable si se encuentran en su poder o de alguna persona vinculada al mismo, por el hecho de no haber demostrado su legítima procedencia, esto es que se revierte la carga de la prueba para el gobernado y no para la autoridad.

Así también se autoriza que aquellos bienes que se encuentren a disposición de la autoridad judicial y que se hayan depositado a cargo de la P.G.R., se enajenen si son de difícil o costoso mantenimiento, situación que nos parece arbitraria, puesto que en ningún momento se ha resuelto sobre sus situación jurídica, lo que obliga a la autoridad a mantenerlos en el estado en que se aseguraron; pero esto no sucede así, y tampoco se establece una sanción para el caso de que se produzca un daño patrimonial al gobernado ya sea porque se enajenó el objeto mismo que aún sigue siendo de su propiedad, sin que existiera una autorización judicial, que dicho sea de paso, tampoco puede emitir la autoridad judicial, como por el daño material que pueda sufrir por su mal manejo. *

La autoridad administrativa debe contar con especialistas en materia de conservación y avalúos que se efectúen en la misma área en que se sitúe los mismos bienes, lo que garantice el eficaz manejo y conservación de los bienes que

le fueron dejados en encargo por virtud de su función.

De esta forma hemos dado una rápida revisión al conjunto de disposiciones que norman al aseguramiento, tanto local como federal, con lo cual nos hemos percatado de algunos puntos que contravienen a la legalidad, en la actuación del Ministerio Público. Pero sobre todo lo que creemos es que no es pertinente que sea a través de Circulares, la manera en como se regule un acto de molestia y restrictivo que afecta directamente el patrimonio de una persona.

Es aquí donde la autoridad debe cuidar con más atención el alcance de sus actos, evitar en lo más posible errores sobre la investigación, que vulneren arbitrariamente los bienes jurídicos de la persona.

De ser así, que se establezcan las posibles sanciones a las que se someta el mal servidor público, que por descuido o negligencia con sus actos ocasione un daño o perjuicio en la esfera competencial del gobernado.

La autoridad debe, con motivo de sus labores ocasionar el menor perjuicio a terceros que no tienen relación con los actos, que en este caso se investigan.

Por ello considerábamos que debe existir no sólo una ley sino además un reglamento especializado en la materia elaborado a conciencia, abarcando no sólo el tema de aseguramiento si no en general las medidas cautelares que se prevén en el Código Penal, lo que garantice un trato equitativo entre las diferentes partes que intervienen en el proceso.

2.1.3 SU EXISTENCIA EN OTROS PAISES.

Todas estas medidas tomadas en México, coexisten de manera similar en otros países, tanto en América como Europa, toda vez que en ellos se ha considerado como necesario el hecho de implementar normas más estrictas, independientemente de aplicar de manera formal y correcta las existentes.

Empezando por citar los datos aportados por la revista de Justicia Mexicana, editada por la P.G.R., la cual compiló una serie de medidas adoptadas por varios países en torno a la delincuencia organizada y la forma de combatirlas.

Así por ejemplo, en Italia se determinó que : "la ley 256 de 1993, autoriza el aseguramiento cuando sus valores sean desproporcionados y sobre la base de que existen suficientes indicios para sostener que se trata de productos de actividades ilícitas. Esta facultad se puede operar contra la esposa, hijo o concubina de quien es indiciado por ser presunto miembro de la mafia o bien contra sus prestanombres. Los bienes se confiscan en el caso de ser aplicadas las medidas cautelares".^{XXI}

Llegan incluso a determinar lo siguiente: " Las personas sospechosas de pertenecer a grupos de delinquentes organizados no pueden realizar actos de comercio, ser proveedores del Estado ni obtener licencia o contratos de obra por parte de él. Por ello existe una lista de empresas con las que ninguna entidad estatal puede contratar".^{XXII}

Otro ejemplo de las medidas adoptadas por otros países en su lucha contra la delincuencia organizada lo es Estados Unidos. Este país como es bien sabido siempre se ha caracterizado por sus medidas extremas y severas, llegando a ser radicales.

Esto se comprueba a través de la conferencia titulada: "Introducción al Sistema Penal Norteamericano", que fue dictada por la profesora SANDRA GUERRA, del Centro de Derecho de la Universidad de Houston, Texas, E.U., el 26 de marzo de 1998, en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, como invitada para tal efecto.

En dicha conferencia se resaltan los efectos positivos que se han logrado para disminuir los índices delictivos dentro del país vecino, tratando de justificarlo a

^{XXI} *Revista De Justicia Mexicana*
P.G.R., México D.F., 1996
^{XXII} Op. Cit.

diversas factores sociales y jurídicos. De esos factores jurídicos llama la atención aquel que tiene relación con las medidas cautelares, tomadas por varias agencias encargadas de combatir la delincuencia.

Y para mayor claridad cito textualmente:

“En los Estados Unidos se ha creado una acción civil para el decomiso de activos a fin de facilitar la lucha contra las drogas. El gobierno únicamente tiene que demostrar que existe la probabilidad de que ciertos bienes hayan sido utilizados con el tráfico de estupefacientes, para poder decomisarlos. Es entonces el propietario quien tiene que demostrar que tales bienes no fueron ilegalmente utilizados o bien que no tenía conocimiento o no dio su autorización para dicho uso ilegal. Esta acción civil concede menor protección en los procedimientos, no conlleva el derecho a que se asigne un defensor de oficio”.

“... Cabe preguntarse que sucede con el dinero decomisado. Este dinero es distribuido entre las agencias federales y locales que contribuyeron con la D.E.A. El dinero no va a la Tesorería General, para ser destinado a escuelas públicas o proyectos similares. El dinero se asigna directamente al presupuesto de dichas agencias. Por lo tanto, estas agencias ahora cuentan con un incentivo muy poderoso para realizar dichos decomisos. Los Estados Unidos han realizado varios acuerdos para compartir el monto obtenido mediante los decomisos con otros países, como México, para así igualmente promover la cooperación internacional.”

Este tipo de acciones están previstos en un documento denominado estatuto RICO

que ha sido definido como un conjunto de disposiciones contenidas en el título Noveno de la ley para el control del crimen organizado del 15 de octubre de 1970.

" La sección 1963, faculta a las autoridades para embargar bienes antes de la iniciación del juicio y en algunos casos aun antes de la consignación, a fin de prevenir que los presuntos responsables se deshagan de bienes que podrían ser asegurados."^{xxiii}

Por último para darnos cuenta del estilo de actuar dentro del sistema norteamericano es necesario hacer la siguiente cita:

"Otro aspecto de la "Dureza" es el aumento en la imposición de penas capitales y en sentencias de muerte. El Congreso ha creado aproximadamente 50 delitos, muchos de ellos relacionados con el tráfico de drogas, que ahora conllevan la pena de muerte. Asimismo, ha hecho menos accesibles las apelaciones (semejantes al juicio de amparo en México), de aquellos sentenciados a muerte, limitando tanto el tiempo como las causas de acción para apelar. Estos cambios han propiciados un dramático incremento en el numero de casos sancionados con la pena de muerte y en el número de ejecuciones. Texas ha llevado a cabo por si solo a 104 ejecuciones. En comparación, los otros 49 Estados han llevado a cabo 209 ejecuciones. De hecho Texas ha ejecutado dos hombres en la misma noche. Texas también ejecutó el mes pasado a la primera mujer en 135 años y la segunda espera ser ejecutada dentro de poco tiempo."

^{xxiii} Instrumentos Jurídicos Contra El Crimen Organizado.
Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.
U.N.A.M.- Senado de la República LVI . 1997. p. 72

He aquí entonces, la manera en como un país que se califica así mismo como libre y democrático, no sólo en la manera de elegir a sus gobernantes, si no en la manera en como ellos los gobiernan, han utilizado sus leyes.

Restringen el acceso a la defensa, se vuelven autoritarios y arbitrarios, prejuzgan antes de otorgar la garantía de audiencia, actúa antes de permitir una defensa suficiente, es mas, en muchos de los casos, ni siquiera existe tal defensa. Esto es lo que adoptamos, esto es lo que copiamos y en lo que estamos convirtiendo nuestro sistema jurídico.

2.2 INDICIOS SUFICIENTES.

2.2.1 CONCEPTO DE INDICIOS

Marcando la continuación de los elementos que conforman al artículo 29 de la LFDO, llegamos al punto de explicar que es el indicio y la presunción; entender lo que cada uno significa y su naturaleza.

Para ello nos referiremos al concepto de prueba que resulta obligado para entender cada uno de los temas a tratar. Esto debido a la forma que tanto la ley como la doctrina han provocado a dichos conceptos.

Contando con las primeras ideas que nos proporciona el Diccionario de Derecho del Lic. RAFAEL DE PINA, que en referencia dispone:

"Prueba : Actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto o de su inexistencia."^{XXIV}

Otros autores nos ilustran sobre el mismo tema dando su punto de vista, y así tenemos al Mtro. EDUARDO BONNIER, quien es citado por el Lic. MARCO

^{XXIV} Op. Cit. Pag.

ANTONIO DIAZ DE LEON, de la siguiente manera:

"... Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad."^{xxv}

Otro más es Hernando Devis Echandía:

"Prueba Judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados de la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos."

Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del Juez, respecto de los hechos sobre los cuales deben proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza."^{xxvi}

Por último nos parece importante incluir al Mtro. CARLOS MARTINEZ SILVA:

"... Probar es establecer la existencia de la verdad y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad.

Pero no hay que confundir los medios de prueba con la

^{xxv} *Tratado De Las Pruebas Penales.*

Díaz de León, Marco Antonio.

Editorial Porrúa, México, D.F. 1994, pag. 235

prueba adquirida. Puede uno haber acumulado todas las pruebas, o lo que es lo mismo, todos los medios, sin que haya en el espíritu del juez, prueba, es decir convicción formada.”

Todas estas ideas se han vertido por diversos tratadistas que ha dedicado tiempo a esclarecer la naturaleza tanto jurídica como sociológica de un tema tan importante como lo es la prueba .

Esto es por lo tanto de vital importancia para analizar nuestro tema. Por ello es obligado hacer un paréntesis y recordar la redacción del artículo 29 de la LFDO:

“Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir que una persona pertenece a la delincuencia organizada ...”

Por lo cual el Código Federal de Procedimientos Penales toca el tema de las pruebas, del cual forma parte los indicios y la presunción.

En su título Sexto, artículo 206 nos habla de que en concordancia con lo que sostiene el artículo 20 fracción V constitucional, se admitirán como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, con la salvedad de que se considere como conducente y no vaya contra el derecho, dejando a juicio de la autoridad judicial que se consiga por algún otro medio de prueba que establezca la autoridad.

En contra posición a esto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, además de lo anterior, hace un listado detallando que medios son considerados por la ley como prueba:

Art. 135...

I.- La confesión.

- II.- Los documentos públicos y privados.
- III.- Los dictámenes de peritos.
- IV.- La inspección ministerial y la judicial.
- V.- La declaración de testigos.
- VI.- La presuncional.

Por ello es que nos detuvimos primero a conocer que son las pruebas para posteriormente introducirnos a los 2 temas que consideramos los más controvertidos como lo son los indicios y la presunción.

Si bien es cierto que el Código Federal de Procedimientos Penales no hace mención detallada ni de uno ni de otro de los temas a tratar, no por ello se les deja de tener en cuenta por su validez y peso en el proceso.

Empecemos entonces con los indicios y posteriormente analizaremos a la presunción, su naturaleza y su relación dentro del proceso; para que con ello hagamos una comparación de sus efectos al ser utilizados en la modalidad de delincuencia organizada.

LOS INDICIOS.

Iniciaremos entonces con el significado jurídico del término :

"Indicio: Prueba indirecta deducida de una circunstancia, es decir, de cualquier accidente tiempo, lugar, modo, etc., que en relación con un hecho o acto determinado, permite racionalmente fundar su existencia.

El indicio no debe ser confundido con la presunción aunque entre ellos exista cierta semejanza aparente."^{xxvii}

^{xxvii} Diccionario de Derecho.

El Mtro. DIAZ DE LEON , argumenta:

"En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido."

Posteriormente cita a diversos autores, los cuales con sus ideas amplían los puntos de vista, en relación con el tema tratado, por lo que a continuación mencionaremos algunos de los más importantes:

J.A.MITTERMAIER:

" ... Un indicio es un hecho que esta en relación tan íntima con otro hecho que un Juez llega del uno al otro medio, de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido..."

FRAMARINO, NICOLA.

"... El indicio es pues, una de las dos especies de la prueba indirecta, ya que la otra esta constituida por la presunción."

DAVIS ECHADIA :

"... En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho

y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir, el argumento probatorio que permite darle el primer hecho el carácter de prueba del segundo....”

Concluimos de lo anterior que Mittermaier tiene razón al considerarlos como hechos, de Framarino al decirnos que son pruebas indirectas tanto la presunción como el indicio, aunque para nosotros es mejor denominarles complementarios y no indirectas dada la naturaleza con que están investidas y la forma en como se incorporan al juicio.

De igual forma coincidimos con el punto de vista de Echadía, al mencionar que entran como elementos de una relación lógica. Todos ellos han aportado diversos argumentos importantes, para formarnos una idea concreta del termino indicio, que quedó concretizada por el Mtro. DIAZ DE LEON, de la siguiente manera:

“El indicio es la representación probada de un hecho pasado o de algo que sucedió, que se incorpora al proceso para ser valorado como medio para probar.”

El indicio así entendido nos da la idea de una prueba, considerada por el mismo código procedimental, pero no al mismo nivel que las demás, sino como un elemento que complementa a otros o bien que en su conjunto da una idea general de lo acontecido.

Esta se aporta o incorpora al proceso para ser puesta a estudio y ser considerada de acuerdo a su naturaleza o constitución, lo que nos conduce al siguiente punto.

2.2.2 LOS INDICIOS Y SU NATURALEZA JURIDICA EN EL PROCESO PENAL.

Sabemos entonces lo que significan los indicios de una forma doctrinaria, pero no

sabemos hablando de su relación en la práctica forense, de aquella forma en como se van aplicar, para con ello conseguir una idea real de lo sucedido y de lo que se quiere demostrar con ellos.

Para esto, debemos de partir de su naturaleza, de la manera en como se utilizan y para lo que sirven. Esto hace obligado citar al Mtro. Díaz de León:

“El indicio no es actividad intelectual de inferir o presumir, por lo tanto no pertenece al campo de la mente. El indicio atañe al mundo de lo fáctico, se refiere a hechos o actos pasados que una vez conocidos y probados pueden servir para inferir o presumir la verdad o falsedad de otros sucesos.”

La anterior afirmación resulta de todo cierto, puesto que los indicios por fuerza de razón son entes materiales, bien porque son objetos, ya porque tan sólo sean rastros o huellas plasmados en otros.

Estos rastros u objetos dada su especial composición muchas veces requieren ser verificados o comprobados para conocer su naturaleza y de ahí determinar si pueden o no ser vinculados a un hecho, en este caso criminoso, y de ahí utilizarlos como medios para robustecer una prueba o una afirmación que llegue a ofrecerse o sostenerse ante una autoridad.

Es el punto necesario con el cual se puede construir un razonamiento válido indispensable para que dicho ejercicio mental puede ser tomado en cuenta:

“... En otras palabras existen hechos que no se pueden demostrar de manera directa a través de los medios conocidos, como la confesión, testimonio o la inspección, sino sólo a través del esfuerzo de la razón que parte de datos aislados...”

“Mas que para probar, el indicio sirve para razonar. En el campo de la lógica, diríamos que el indicio equivale a la formación de la premisa menor de un silogismo, la que debe ser cierta, es decir debe tener por probada, porque de premisas falsas, dan falsas conclusiones.”^{xxviii}

Tomaremos el punto de relación con la lógica más adelante, por ahora podemos decir que implica un estudio más profundo. Lo que sí podemos afirmar es que para el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existe una grave confusión en el artículo 245, puesto que asume que el término presunción e indicio son equivalentes, lo que impide la correcta aplicación de ambos conceptos, y con ello una ineficaz utilización del derecho adjetivo al caso concreto, cosa que no sucede con el Código Federal de Procedimientos Penales en relación con el mismo punto, puesto que en el artículo 285, se menciona :

“ ... todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el artículo 279, constituyen meros indicios”.

Si bien es cierto que no realiza una explicación formal de lo que debe entenderse como indicio, no lo confunde con la presunción y si se menciona en el artículo posterior su relación con el mismo efecto de proporcionar a los indicios la fuerza de prueba plena.

Así tanto los artículos 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, como 135 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal determinan que podrá admitirse todo aquello que se ofrezca como prueba, esto incluye tanto a los indicios como a la presunción.

Ya vimos que para el Código Federal de Procedimientos Penales, considerando la

^{xxviii} Díaz de León, Marco Antonio.

documental pública y la inspección como excepciones, todos los demás medios de prueba constituyen meros indicios, mientras que el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal las define en forma confusa, pero al fin de cuentas se establecen sus lineamientos.

Por lo tanto, para tasar de alguna forma el valor con que cuentan los indicios en el proceso penal, nos remitimos de nueva cuenta en el artículo 245 ya que es la única referencia legal con la que podemos estudiar.

Art. 245.- Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados”.

Asumimos en primer lugar y de acuerdo con nuestros anteriores comentarios, que se refieren doctrinariamente a los indicios y no a la presunción puesto que señala categóricamente que son circunstancias y antecedentes relacionados con un delito y como vimos anteriormente la forma de definir a los indicios coincide en forma total con la anterior afirmación.

En un segundo momento hace alusión a que estas circunstancias y antecedentes pueden razonablemente fundar una opinión, lo que refuerza aún más nuestra afirmación en relación a que se tratan de indicios, puesto que servirán de soporte y elemento de estudio a fin de que la autoridad realice un estudio razonado y elabore una opinión, pero más que esto el legislador se refería a una presunción, un ejercicio de lógica, puesto que el término razonablemente es un proceso mental complejo, que pocos juzgadores llevan a cabo.

En realidad no se vierte una opinión si no una determinación, un señalamiento categórico y firme contenido en la resolución final o sentencia, no es pues una opinión puesto que no se limita a enunciar un mero punto de vista, si no que da pauta a formar un idea en la mente de la autoridad a efecto de tomar una determinación.

Ahora bien, este juicio se crea sobre la existencia o no de hechos determinados, así pues, se parte de hechos conocidos, materializados a través de tales indicios, que cumplen con la misión de dar pistas e ideas individuales, aisladas, que señalan determinada circunstancias, pero que como vimos, el Código procesal no les da el valor pleno, dada la naturaleza que les hemos señalado. Por ello, deben ser reforzadas, ampliadas y corroboradas a fin de que puedan dar sin lugar a equivocaciones, certeza de lo mismo que intentar probar. De lo contrario se estará trabajando con elementos endebles, carentes de fuerza procesal, sin la certidumbre de que se encuentra frente a hechos falsos o erróneos.

El indicio así calificado, no puede ser tomado en cuenta, tiene que existir el cúmulo tal que no deje dudas sobre la decisión que se esta tomando.

Así entendido el indicio es un prueba complementaria, puesto que requiere de otros indicios o bien de otros medios de prueba para poder contar con un real peso jurídico; es una prueba complementaria que no cuenta con el carácter de prueba plena, que sirve para cimentar un juicio lógico con trascendencia jurídica.

2.3.1 LA PRESUNCION.

SIGNIFICADO.

Ahora nos toca conocer otro de los términos que contiene el artículo 29 de la L.F.D.O., como lo es la presunción, que guarda estrecha relación junto con los indicios y que forma parte de las llamadas pruebas indirectas.

Como dijimos la presunción junto con los indicios forman una pareja necesaria, puesto que los segundos son la materia que alimenta al primero, esto es, que sin indicios no puede formar una presunción, con bases sólidas lo que traería un juicio ilógico o sin fundamento, sin apego a la realidad.

Pero antes de llegar a este punto debemos conocer lo que el concepto presunción

significa, para ello nos remitimos a la obra del Mtro. Díaz de León, por ser uno de los autores más preocupados por tratar de encontrar el verdadero significado e importancia de este y otros puntos procesales importantes, así como por ser uno de los mejores compiladores en relación de otros autores conocedores de estos temas.

Tal es el caso del Mtro. VALENTIN SILVA MELERO, que al respecto opina.

“...en un sentido estrictamente jurídico, viene a significar algo semejante a suponer o admitir en virtud y como consecuencia, de una labor intelectual difícil de explicar, por ser resultado de la particular y privada formación científica cultural y experimental de cada uno. Así se forma la presunción vulgar, que es distinta reacción según la diferente capacidad intelectual y que en ocasiones lleva en la vida conclusiones que posteriormente se acreditan como erróneas.”^{xxix}

Por otro lado, el Mtro. HERNANDO DEVIS ECHANDIA, en relación al mismo tema nos dice:

“La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho...con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cual es el modo normal como suceden las cosas y los hechos”.^{xxx}

El mismo Mtro. Díaz de León da su propia versión:

“... Es por lo mismo, producto del trabajo mental de los jueces en el proceso de análisis, síntesis y valoración

^{xxix} Díaz de León, Marco Antonio.

Op. Cit. Pag.497

^{xxx} Op. Cit. Pag. 497

de las pruebas. Por ello la presunción se constituye por el total de los elementos de significado probatoria contenidos en los diversos medios de probar que se hayan utilizado en el proceso.^{XXXI}

De lo anterior se puede comprender muy bien que en primer lugar nos encontramos ante una actividad primordialmente intelectual, un proceso mental, que se realiza por el hombre que esta privilegiado por su enorme capacidad de raciocinio, pero que varía de intelecto a intelecto, esto es, de hombre a hombre.

Esta capacidad intelectual se ve afectada, además como se mencionó por factores científicos, culturales, etc; que traen como consecuencia que desde la percepción de los elementos constitutivos del razonamiento hasta la emisión del mismo, no sean similares de un individuo a otro.

Ahora bien estos como segundo punto, hemos de mencionar que estos medios del razonamiento deben de contener o mejor dicho debe ser alimentado de medios con los cuales llegue a elaborarse tales razonamientos, estos por sí mismos no representan ningún principio lógico, enunciado afirmativo o medio de prueba. Estos medios son dados a ser llamados dentro del campo jurídico como indicios, calificados así por la autoridad que en turno le corresponda conocer de ellos y calificarlos, para darles cierta validez o bien desvirtuarlos totalmente dentro de un proceso o procedimiento jurídico.

Por otro lado se ha mencionado que la presunción es un juicio lógico, un proceso llevado a cabo en la mente de un individuo que en este caso se ve investido con facultades jurisdiccionales lo que vuelve más complejo y delicado el resultado tomado por dicha persona.

No extraño a lo anterior es lo que menciona el Mtro. GIOVANNI LEONE:

"A parte de toda otra consideración, basta observar

^{XXXI} Díaz de León,

que el juez inducido al error por pruebas no genuinas, puede descargar su error sobre el dolo o el error de los demás, mientras que el juez inducido por el error por su propia lógica, sólo a su propia coherencia debe imputar al error. Y es claro que la sociedad si no puede remover del todo el triste fenómeno del falso testimonio o de la falsa pericia, siente que no puede encomendar a la lógica del juez, por más sana y controlado que sea el destino de una criatura humana.^{XXXII}

Por ello es que desde su mismo significado, la presunción debe ser considerado como un instrumento riesgoso, que si bien se incluye dentro del proceso jurídico es porque en algunas ocasiones no existen otros medios de prueba, pero que de ningún modo es un medio idóneo para emitir una opinión y menos un veredicto, que pueda afectar los bienes o la libertad de una persona.

La presunción resulta ser como anteriormente se mencionó, un complejo ejercicio intelectual, en donde se pone en práctica varias facultades con que cuenta la mente humana, estos entre los más importantes son: la memoria (que en un momento determinado deriva en la experiencia), el razonamiento, el habla e incluso la percepción de los sentidos .

En la teoría el proceso del razonamiento se ve explicado por la lógica, rama de la filosofía, que se define como la ciencia y el arte de pensar correctamente.

Esta ciencia del saber humano, entre otros temas fundamentales, estudia al pensamiento como un acercamiento del hombre al conocimiento, de ahí que le permita conocer las cosas y los elementos que le rodean y las cuestiones filosóficas. Por lo tanto es importante detenernos a saber como esta conformado el pensamiento humano que lo lleva a razonar para comprender todo el proceso

Op. Cit. pag. 499

^{XXXII} Díaz de León, Marco Antonio.

Op. Cit. Pag. 492

intelectual que lleva a cabo.

El pensamiento es un conjunto de ideas que parte de principios muy sencillos hasta llegar a los más complejos. El primero de ellos se denomina idea, o concepto, el cual se define como:

“La simple representación mental de un objeto”.

El concepto es un elemento esencial e integrante del conocimiento ya que:

La idea o concepto es la primera forma del pensamiento. Con las ideas se forman los juicios y a base de ellos se conforman los raciocinios”.^{xxxiii}

Así la idea constituye el punto base para construir estructuras más complejas del pensamiento. La idea es lo más simple de las representaciones mentales, son concepciones de imágenes formadas en nuestro cerebro, pero que sólo son hasta este punto, elementos aislados sin un orden lógico a fin de dar coherencia a un razonamiento, punto que se consigue más adelante.

Tenemos como ejemplos de lo anterior, términos tales como: nube, felicidad, libertad, envidia, etc., que son percibidas por el ser humano y clasificadas como tales, pero que requiere de un proceso más elaborado para constituirse como un siguiente punto.

La segunda forma del pensamiento es el juicio que se conforma por medio de ideas o conceptos enlazados que se define de la siguiente manera:

“El juicio consiste en afirmar o negar una cosa de otra.

Es el acto del entendimiento por el que afirmamos o

^{xxxiii} *Lógica, Introducción A La Filosofía Y A La Ciencia*
Ortega, Esteban
Editorial Diana, México D.F., 1993, pag. 93.

negamos una cosa de otra".^{xxxiv}

Como un conjunto de puntos concatenados, el juicio contiene diversos términos que a continuación mencionaremos:

- 1.- Sujeto: De quien se afirma o se niega algo.
- 2.- Predicado: Lo que se afirma o niega del sujeto.
- 3.- Cópula o unión: Cualquier verbo que sirva para unir o copular el sujeto con el predicado y por el cual se expresa una afirmación o negación.

Con todo esto el juicio tiene una función lógica que une los conceptos o ideas en una constitución que es el juicio, así como también servir de materia a la construcción del razonamiento. El juicio es el puente de unión o enlace entre las manifestaciones más sencillas del pensamiento y las más complejas como resulta ser los razonamientos, producto de un complejo esfuerzo intelectual.

Como un ejemplo de los tipos de juicios que mencionamos tenemos.

"Los planetas giran alrededor del sol.

"Darwin propuso la teoría de la evolución de las especies."

Aunado a lo anterior los juicios pueden ser de tan diversos tipos, como diferentes pueden ser las circunstancias sobre las cuales se elaboren tales juicios: verdadero, falso, afirmativo, negativo, universales, particulares, etc.

Por ello podemos afirmar que gracias a la existencia de los juicios, podemos acceder a grados superiores del conocimiento como son los razonamientos.

El tercer grado o forma del pensamiento lo constituye el razonamiento o raciocinio, punto cumbre en la búsqueda que realiza la lógica en la búsqueda del pensamiento.

^{xxxiv} Op. Cit. p. 131

El razonamiento se define como: " La diferencia de un juicio nuevo partiendo de otros juicios ya conocidos. Es el proceso de la mente por el cual de una o más proposiciones conocidas se llega al conocimiento de una proposición desconocida".^{xxxv}

Y al igual que en el caso de los juicios, los razonamientos también están formados por diversos elementos como son:

a). Antecedente: El juicio o juicios conocidos de donde se infiere (o saca) un juicio desconocido.

b). Consecuente: El juicio nuevo inferido (o sacado del antecedente).

La consecuencia o juicio nuevo inferido se llama también inferencia. La inferencia es el resultado de sacar (deducir o inducir un juicio nuevo de otro u otros ya conocidos).

Un ejemplo de ello es lo siguiente:

Una infracción a la ley merece una sanción,
Juan cometió una infracción a la ley;
Luego Juan merece una sanción.

El razonamiento o raciocinio es la forma del pensamiento que tiene mayor importancia científica. El raciocinio es el acto principal de todo nuestro proceso del pensamiento, ya que tanto la idea como el juicio son elementos y camino hacia el raciocinio.

Lo esencial del raciocinio es la inferencia de un juicio extraído de otros. Estas inferencias nuevas hacen avanzar el pensamiento y las creencias mismas no son más que construcciones sistemáticas de nuevos razonamientos.

^{xxxv} p. 151

Sin embargo como lo hemos visto, existen métodos diversos, utilizados para llegar a un nuevo juicio a través del razonamiento; estos métodos son el deductivo y el inductivo, aunque cabe decir, que si bien no son los únicos, sí son los más importantes por las características que contienen.

Ambos métodos son necesarios, de acuerdo a las necesidades del objeto a estudiar y de los resultados que se pretenden encontrar, puesto que cada método cuenta con un punto de partida diferente.

A mayor explicación podríamos decir que: la inducción concluye de algunos a todos, se lleva de los hechos a la ley y de los individuos al género.

La inducción concluye de todos a algunos; lo que conviene a todo el género conviene a cada individuo comprendido en este género.

SU APLICACION PRACTICA.

Conocemos ya la estructura básica del pensamiento, los elementos que lo componen desde su forma más sencilla como lo es la idea, hasta la más compleja como resulta ser el razonamiento. También conocemos los métodos más importantes que utiliza la mente para acceder al conocimiento con un sistema lógico que lo lleve a conclusiones ciertas.

Pero ahora tenemos que ver en la práctica tales elementos a lo que la ciencia de la lógica ha dado a llamar inferencias mediatas que son la argumentación donde se necesitan premisas para obtener una conclusión, estos se expresan a su vez a través de silogismos.

Los silogismos son pues la expresión perfecta del raciocinio perfecto. Ejemplo:

Todo astro que brilla con luz propia es una estrella.

El sol brilla con luz propia,

Por lo tanto el sol es una estrella.

La anterior afirmación requirió para su construcción de elementos o premisas, lo que permitió llegar a una conclusión, que en el caso que nos ocupa resultó ser verdadero.

A cada premisa que conforma un silogismo se le proporciona un nombre, en el caso de la primera oración se le denomina premisa mayor y que contiene el predicado de la conclusión. La segunda oración se denomina premisa menor y esta deberá contener el sujeto de la conclusión.

Por último tenemos la tercer oración a la que denominamos precisamente conclusión, la que contendrá tanto el elemento de la primera como de la segunda premisa obteniendo con ello un nuevo juicio, producto de razonamiento puro. Con todos estos elementos, podemos construir cualquier cantidad de razonamientos que deseemos o que nuestra mente pueda crear, puesto que no existe un límite real a los mismos, para con ello llegar a la conclusión que podamos considerar como correcta.

Sin embargo surge en relación con lo anterior las siguientes afirmaciones, que vale la pena recalcar por la importancia con que cuentan, y es que es el hecho primero de que al momento de recopilar lo elementos, que van a constituir las premisas, que van a crear una conclusión, deberán ser ciertos, coincidentes con la realidad, puesto que de lo contrario estaríamos creando conclusiones falsas.

La labor que desempeñan tanto el investigador como el juzgador, es al extremo delicada, puesto que tienen la responsabilidad de recabar pruebas apegadas a la verdad y la de juzgarlas respectivamente, por ello es que sus funciones son tan importantes para la suerte que correrá un individuo y sus bienes a raíz de un juicio de índole penal.

El razonamiento que contiene una presunción tiene una delicada diferencia, cuando se le compara con la que se lleva a cabo por otro lado dentro de las ciencias exactas, puesto que en estas ni siquiera pueden atreverse a llamarse presunción,

ya que los elementos que constituyen a las premisas, son de naturaleza totalmente exacta, lo que trae como consecuencia que el resultado o conclusión obtenida en lo absoluto se aleje de la verdad.

Esto no sucede en el campo de las ciencias sociales, donde los elementos puestos en práctica son de naturaleza humana, son seres humanos, hombres y mujeres, que tienen tal diversidad de comportamientos, de reacciones, que es normal que exista una infinidad de variantes, que no permiten unificar criterios, no son constantes que arrojen resultados siempre iguales como en las ciencias exactas.

Las ciencias sociales y humanísticas, son fiel reflejo de los objetos que estudian, como lo es el hombre, esto trae como consecuencia que la irregularidad y la imperfección de la conducta humana se manifieste en forma cambiante.

Esto representa un serio problema no sólo para la lógica, si no para el derecho mismo, a la luz de las disposiciones legales que a continuación vamos a estudiar.

2.3.2 SU ALCANCE JURIDICO EN EL PROCESO.

Para poder estudiar a la presunción desde el punto de vista procesal, es necesario hacer primero un paréntesis y explicar que no son consideradas de la misma forma en el ámbito federal, como en el local; esto debido al hecho de que en un caso extremo el marco federal, ni siquiera hace mención expresa de estas.

Empezando por la jurisdicción federal debemos decir que en su título sexto, referente a las pruebas que contempla la ley, existe al final del mismo el capítulo número IX, con el título de "Valor Jurídico de la Prueba" en donde se hace una calificación legal del valor que debe otorgárseles a los diversos medios de prueba.

Dentro de este capítulo existe en primer lugar el artículo marcado con el número 285, que reza lo siguiente:

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

Esto significa que la ley considera con valor pleno a la confesión, las documentales públicas y la inspección, mientras todos los demás serán por disposición legal como indicios con un valor relativo, respecto del proceso que se lleva a cabo y que dependerán de los demás medios de prueba aportados por las demás partes que puedan robustecerlos.

Lo anterior tiene gran relación con el subsiguiente artículo 286, puesto que determina lo siguiente:

ART. 286.- Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.”

Como dijimos anteriormente el Código Federal de Procedimientos Penales no se refiere en forma expresa al tema de las presunciones, sino que hace mera mención al mismo a través de una alusión en el cual determina que será de acuerdo a la naturaleza de los hechos, lo que en realidad se refiere al caso de que se debe individualizar cada asunto a tratar, cada problema puesto al análisis, se debe estudiar no como una generalidad, sino por el contrario como la especie que en particular cuenta con sus características, lo que lo hace único .

Cada asunto por lo mismo, se ve investido de ciertos puntos delicados, de ciertos “hechos”, por lo que hace referencia a su naturaleza.

Posteriormente nos dice que existirá un enlace lógico y natural, por lo que para nuestro punto de vista y de acuerdo a lo estudiado en el tema anterior, no expresa en forma correcta todo el proceso que implica encontrar por medio de la deducción la verdad jurídica buscada

Esto es que sí existe un enlace lógico pero que además de cumplir con las reglas del raciocinio, debe satisfacer las necesidades jurídicas, esto es que tanto debe señalar la existencia de indicios que concuerden con la realidad, así como deben de estructurarse en forma coherente, a fin de que el resultado que arroje sea la verdad buscada.

Como dijimos anteriormente estamos ante hechos y actos realizados por seres humanos que en muchas ocasiones no encontrarán una constante y que ni la lógica ni el derecho podrán clasificar ni calificar dentro de sus normas y para poderlos juzgar, la presunción y los indicios no bastarán por verse rebasados.

Poco más adelante continúa explicando el artículo que el enlace lógico y natural de estos hechos puede ser "más o menos necesario" del que exista entre la verdad conocida y la que se busca, lo que deja pensando en cuan poca precisión guardan estas palabras, al otorgar un margen que varía de lo más a lo menos, del cúmulo más abundante a la falta total de los mismos, ¿Cómo debe entonces el juzgador interpretarlos?, ¿Puede solamente darles valor cuando existan en demasía?, porque también puede darse el caso de que la existencia de un sólo indicio sea la diferencia entre determinar sobre la culpabilidad y la inocencia de una persona, situación que pone en grave aprieto al juzgador que de por sí carga con una pesada loza sobre sus hombros.

El hecho de determinar que alguna circunstancia puede contener hechos más o menos necesarios deja ver una incorrecta utilización de los términos en la técnica jurídica y en el uso del razonamiento, que dicho sea de paso en ningún momento arroja resultados más o menos acertados; y esto no es posible cuando de juzgar sobre la inocencia de un hombre se trata.

Por ello existe la teoría de la lógica formal que no deja dudas en su utilización porque no se trata de enlazar simplemente hechos por pruebas circunstanciales, sino de encontrar elementos de prueba, que por sus características realmente se encuentren unidas entre sí, puesto que a semejanza de las piezas que conforman un

rompecabezas, todas y cada una de ella, tienen destinado un lugar, lo que le da coherencia y forma a la figura a formar.

No se trata de aproximarse lo más posible a la verdad, sino de darle coherencia al enlace de los medios encontrados para formar esa imagen, que es la verdad ya que de no ser esa imagen, se deben desvirtuar dichos elementos ante su falta de solidez.

Ordena pues, que se aprecien en conciencia el valor de los indicios, consideración meramente idealista que deja al libre arbitrio al juzgador la posibilidad de otorgar valor a los indicios y en que medida será este valor. El término "en conciencia" no marca realmente un parámetro común para poder valorar los elementos de prueba como lo son los indicios, puesto que la conciencia o mejor dicho la medida con que cada juzgador tratará a los indicios para sujetarlos a la presunción siempre será cambiante.

Por último utiliza la frase "...hasta poder considerarlos como prueba plena.", lo que deja pensando en que sucedería si los indicios encontrados no son suficientes para poder constituir prueba plena como sucede en varias ocasiones; al hacer uso de la palabra "hasta", deja la impresión de que obliga al juzgador a buscar la manera de encontrar un vínculo obligado, entre los hechos conocidos y una pretendida realidad, a pesar de que esta, bien no puede existir.

Por el otro lado el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sí hace mención expresa en el artículo 245 referente a las Presunciones, pero comete el grave error de confundirlas con los indicios puesto que el mismo reza:

Art. 245.- Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes, que teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados."

Este mismo tema había sido ya tratado en el capítulo de los indicios, por lo que en obvio de repeticiones tenemos por reproducidos los mismos argumentaciones, sin

embargo no tenemos porque dejar de mencionarlo.

Así es como los códigos procedimentales tratan a la presunción en íntima relación con los indicios, pero en la realidad este vínculo es aún más estrecho, al grado a veces de no determinar donde inicia uno y otro de ellos. Para esto la doctrina ha destinado un lugar especial a fin de darle un uso adecuado dentro del proceso

2.3.3 SU RELACION CON LOS INDICIOS EN EL PROCESO PENAL.

Ha quedado de manifiesto la separación que existe entre la prueba indiciaria y la prueba presuncional, ambas consideradas como pruebas indirectas o complementarias dadas sus características y señaladas anteriormente.

A pesar de ello, ambos coexiste en un muy estrecho y delicado vínculo, al grado de que por lógica uno no tiene sentido de ser sin el otro. Por ello en este punto nos detendremos a poner en tierra los conceptos ya tratados.

Los indicios quedaron explicados como la representación probada de un hecho pasado o de algo que sucedió y que se incorpora al proceso para ser valorado como medio para probar.

Son medios, ya sea de carácter material, o en su caso testimonial, que quedaron plasmados en forma permanente y por lo cual se evidenció la existencia de determinados elementos materiales o la realización de un acto que con ello queda probado.

Por el otro lado encontramos a la presunción que se alimenta de los indicios existentes y que definimos de la siguiente manera: Es un juicio lógico que se lleva a cabo en la mente de un individuo que en este caso esta investido con facultades jurisdiccionales.

Este juicio lógico nos permite, al momento de aplicarse en forma correcta a partir

de hechos comprobados y conocidos, llegar a puntos desconocidos y en su momento poder fincar una responsabilidad penal.

Los indicios quedaron también explicados en relación con la lógica formal, al ocupar su lugar como elementos del juicio mental, elementos constitutivos que son a la vez material para alimentar a la presunción.

Entendido así, no puede existir uno sin el otro, esto es, no puede haber presunción sin indicios que lo alimenten y por el otro lado, de nada servirán los indicios sin un proceso o técnica que los ponga en práctica, para que cumplan una función útil dentro del proceso penal.

Por ello nos parecen bastantes ilustrativas los comentarios sostenidos por el Dr. JUVENTINO CASTRO CASTRO, ilustre jurista, miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que fueron citadas en el semanario PROCESO, en este sentido:

“La prueba Presuncional no es una prueba; es una multiplicidad de pruebas atadas a la manera de una cadena que va teniendo derivados: “Yo Juez, llego a la conclusión de que fulano es responsable partiendo de la base de un certificado médico, de una constancia de hechos, de un testimonio singular de una persona, de una reconstrucción de hechos...”

“Cada una de las pruebas en sí-documental, testimonial, confesional- no sería suficiente, pero el cúmulo de ellas ligadas con lógica jurídica no puede más que llevar a una conclusión. Precisamente por esa multiplicidad, la presuncional es hoy la reina de las pruebas.”

“Pero por supuesto, todo el mundo sabe que el éxito de este mecanismo legal consiste en que el camino lógico

Jurídico siempre sea congruente, que no tiene otra salida, que no podemos llegar a otra conclusión mas que a esta. Y por supuesto sería una mala prueba cuando el juzgador estuviera basándose en una serie de indicios que no tienen mucha consistencia. Vuelvo a insistir porque esto es muy importante, la prueba presuncional no puede externarse en sí sino en sus ligamentos con otras pruebas que, concatenadas lógicamente, resultan determinantes...”

Después de que se conoció la decisión del Juez Ojeda, varios penalistas criticaron el hecho de que se recurra a la prueba presuncional, también conocida como prueba circunstancial o indiciaria, pues es un mecanismo inconsciente de investigación mediante el cual con puros indicios se podría llevar a la cárcel a cualquiera. ^{xxxvi}

Estos comentarios vienen a apuntalar nuestros puntos de vista, en relación a lo mismo, sobre todo y que son vertidos en relación al proceso tan controvertido de RAUL SALINAS DE GORTARI, en el sentido de haber sido resuelto con apoyo en la prueba presuncional, dando crédito a indicios, que se derivaron de testimonios y de pruebas aisladas pero que en ningún momento hicieron un señalamiento expreso y directo hacia su persona y encontrándola culpable de homicidio calificado.

Nos damos por ello cuenta de la importancia que esta adquiriendo la prueba presuncional para el proceso, y en vínculo directo con los indicios que nos hace reflexionar y detenernos a tomarla aún más en serio, a legislar en forma más completa y hacer una correcta diferenciación de los elementos que la integran, para no hacer un uso arbitrario de la misma. Esto es, ya que incluso la misma jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, la que citamos sólo para efecto de ejemplificar:

^{xxxvi} *Semanario Proceso.*

LA PRUEBA PRESUNCIONAL. EN QUE CONSISTE.

La prueba presuncional no constituye una prueba especial sino una artificial que se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deduzcan de los hechos por medio de los indicios, de manera que por su íntima relación llevan al conocimiento de un hecho diverso al (sic) través de una conclusión muy natural, todo lo cual implica que es necesario la existencia de dos hechos, uno comprobado y el otro no manifiesto aún que se trata de demostrar.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1374/88. Ferrocarriles Nacionales de México. 30 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Manuel Francisco Reynaud Carus.

Amparo directo 1076/88. Ferrocarriles Nacionales de México. 23 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere secretario: Vicente Morales Cabrera.

Amparo directo 1382/87. Antonio Baltazar Cárdenas y otro. 12 de marzo de 1991. Unanimidad de voto. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia Amelia López Vives.

Amparo directo 386/89. Dario Hernández Sánchez. 18 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia Amelia Lopez Vives.

Amparo directo 1972/88. Angel Villegas Argueta. 16 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Perez y Perez. Secretario: Lucio Marin Rodriguez.

PRUEBA PRESUNCIONA. COMO SE ESTABLECE.

Esta prueba, considerada según la doctrina como prueba artificial, se establece por medio de las consecuencias que lógicamente se deduzcan de los hechos, por medio de los indicios, hechos que deben estar en relación tan íntima con otros, que de los unos, se llegue a los otros por medio de una conclusión muy natural; por lo que es demostrar, relacionando del hecho conocido al desconocido.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 48/90. Rafael Dante Olivares Bazán. 20 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Alvarez.

PRUEBA PRESUNCIONAL. INTEGRACION DE LA.

La prueba presuncional, para que engendre prueba plena, debe integrarse por medio de las consecuencias que lógicamente se deduzcan de los hechos, derivada del enlace armónico de los indicios que se encuentran ligados íntimamente con el hecho que se pretende probar, y que proporcionen, no una probabilidad sino una conclusión categórica.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 9/96. José Luis Camino Rojas. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.

PRUEBA PRESUNCIONAL PARA SU VALORACION NO ES NECESARIO OFRECERLA NI PRECISAR SU CONTENIDO.

En virtud de que la prueba presuncional es la que mejor convicción lleva al juzgador, la junta tiene amplia facultad para analizarla, sin que sea necesario para ello, que el interesado la ofrezca en su favor y menos que precise en qué consiste dicha prueba.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo directo 852/92. Nelly Sánchez García 18 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Vargas Ruiz. Secretario: Sergio Armando Martínez Vidal.

PRUEBA TESTIMONIAL. VALORACION DE LA.

Es cierto de este tribunal que al juez natural corresponde dentro de sus facultades en la valoración de las pruebas testimoniales y presuncional, tomar en cuenta la conducta procesal de las partes y de que debe respetarse su arbitrio judicial sobre la base de que al obtener las conclusiones de que se trata, no viole las leyes del raciocinio y del recto juicio, en el enlace interior de las pruebas rendidas para llegar a tal o cual convicción.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 333/88. Josefina Sánchez Morales. 30 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquin Zaleta. Secretario Othón Manuel Ríos Flores.

CAPITULO III

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 29 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

3.1 EL ALCANCE JURIDICO DEL TERMINO "INDICIOS SUFICIENTES".

3.1.1 LA SUFICIENCIA DE LOS INDICIOS

En este capítulo vamos a conocer hasta donde puede la autoridad realizar el aseguramiento precautorio, o mejor dicho cuáles son los parámetros que debe tomar en cuenta para poder actuar. Hemos analizado ya los elementos que componen al artículo 29 de la LFDO, esto es tanto la presunción, como los indicios, así como también a lo que hace por el aseguramiento y su naturaleza jurídica.

Ahora toca conocer o mejor dicho analizar su aplicación en relación a la Delincuencia Organizada, ¿qué es lo que permite a la autoridad ministerial limitar el derecho real de un individuo en relación a sus bienes?.

El mencionado artículo 29 de la LFDO, hace mención del calificativo de suficiencia. La suficiencia se refiere a la cantidad necesaria de determinada sustancia, material o elementos que llenan totalmente sin dejar lugar a que queden espacios o vacíos inconclusos, sino por el contrario, colmados de ellos al grado de no dejar dudas sobre su misma plenitud.

El problema interno será siempre considerar hasta donde es suficiente el contenido de indicios que nos permitan sin lugar a dudas, tomar una decisión sobre la inocencia o culpabilidad de una persona; punto sin solución hasta el momento. Para cada Juzgador siempre variará el criterio del contenido de los indicios ya sea por su cantidad o por su contenido, puesto que por una lado puede existir una cantidad enorme de los mismos y que en calidad por su contenido no aporten nada, y por el otro que sean tan sólo unos cuantos pero que no dejen duda sobre su contundencia a la hora de tomar una decisión al respecto.

Esto es el riesgo al que nos referimos, pues lo que en realidad no hay una seguridad jurídica para el procesado, de que será juzgado con la garantía de que serán tomados en cuenta todos los elementos existentes; solamente está bajo el buen desempeño y criterio del juzgador cosa que no siempre es recomendable.

Por ello se supondría que ante el mal desempeño del Juez, existan otras autoridades a las cuales recurrir, como lo es la segunda instancia, que en el caso que nos ocupa se revisten del carácter de federales, así se supone que los Tribunales Unitarios cuentan con un criterio más amplio y completo, además de la circunstancia de que es una opinión diversa, la que se reúne a tomar cuenta del asunto puesto a su consideración, de ahí es una resolución más confiable, la cual puede subsanar o en causar el trayecto de la resolución.

Es aquí donde siempre se podría en tela de juicio la aplicabilidad del mencionado término de suficiencia, puesto que siempre daría lugar a tomarlo con mucho cuidado, y siempre variaría el criterio, no sólo de la autoridad de primera instancia, sino que incluso de los mismos cuerpos revisores.

3.1.2 EN RELACION A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Esto aplicado a la Delincuencia Organizada, nos da como resultado que, por un lado en vez de frenarla con leyes prácticas y claras, les entreguemos medios con los cuales, puedan defenderse e impugnar cualquier acto de autoridad que se derive de la LFDO, por sus elementos imprecisos, dejados al criterio de quien lo aplica; que para el caso de la materia penal resultará siempre cuestionable.

En el caso práctico nos resulta difícil establecer esa suficiencia a fin de instrumentar en un primer momento una averiguación previa y posteriormente un proceso más complejo a nivel de juzgado. Primero, no son los mismos instrumentos los que se deben reunir puesto que el espectro de ilícitos contemplado es muy variado, ya que tenemos delitos contra la salud, contra la libertad, contra el patrimonio, etc., de ahí

que cada caso es distinto, con un criterio propio y diferente a otros.

¿Será suficiente contar con testimonios, huellas, grabaciones (que tienen mayor grado de contundencia), etc.? ó será que en los casos extremos, sólo bastan rastros físicos, meras deducciones circunstanciales u otros medios.

La Delincuencia Organizada cuenta con elementos humanos y económicos cuantiosos, que le permite acceder a niveles de servicios legales competentes, lo que significa un gasto mayor (o desgaste si se quiere ver así), para el Estado a fin de enfrentarlo, tiene medios económicos y contables que pueden desvirtuar en un momento determinado casi cualquier imputación que tenga como fundamento la LFDO, si no está apegada a estricto derecho, si no cumple cabalmente con las formalidades, que no contravenga alguna Garantía Constitucional, puesto que sólo así se le podrá contrarrestar. El Ministerio Público Federal tiene pues un doble trabajo, puesto que debe ser más cuidadoso en sus investigaciones, impecable en sus consignaciones y metódico y estudioso al momento de seguir el proceso penal ante el Juzgado.

Sus pruebas deben ser firmes y convincentes, claras, sin lugar a cuestionamientos, en la medida de lo posible. De no ser así, sucede lo que comúnmente observamos, como lo es que se vienen a bajo las consignaciones que realiza, ya sea por falta de elementos a consignar, o bien por la falta de contundencia de los mismos; lo que trae como consecuencia el constante malestar de la sociedad, atribuyendo esta situación a malos manejos y falta de ética en el poder judicial.

La realidad cotidiana nos revela la verdad respecto de la aplicabilidad de la LFDO, nos arroja la verdad, y lo lejos que estamos de manejar correctamente determinadas circunstancias y situaciones a través de nuestro sistema penal actual, lo mejor es primero preparar a la sociedad y a los funcionarios respectivos sobre el correcto manejo de las mismas, so pena de sufrir como consecuencia constantes tropiezos y fracasos.

3.2. LA PRESUNCION COMO FUNDAMENTO.

3.2.1 LA PRESUNCION FUNDADA

De la mano con esto esta la presunción, que ahora a luz de la puesta en práctica de la LFDO toma colores particulares, que deben de ser estudiados.

El aseguramiento de bienes en forma precautoria a fin de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia, es el extremo necesario, y aprovechamos este espacio para aclarar, que en ningún momento pretendemos pronunciarnos en contra del referido procedimiento, sino muy por el contrario lo que buscamos es mejorarlo, señalando lo que a nuestro juicio son fallas, tanto sustantivas como adjetivas señaladas en la Ley, por ello lo que perseguimos es que se mejoren; aportando mejores elementos jurídicos, a fin de que la criminalidad no siga avanzando, devorando, día a día a nuestra sociedad.

Dicho lo anterior, encontramos en palabras del Dr. García Ramírez una explicación por demás ilustrativa, que nos permitirá entender el origen del aseguramiento:

"... En el dictamen se hizo referencia al decomiso a partir de la innegable necesidad de afectar a fondo y de veras los cuantiosos recursos económicos de las organizaciones criminales, pero sin analizar –por lo menos- la forma adecuada de hacerlo y las implicaciones estrictamente jurídicas de la vía adoptada."^{xxxvii}

Como un acto de molestia, está sometido a las disposiciones constitucionales establecidas dentro del numeral 16, por lo cual para encontrar su fundamentación sólo bastará citar la Ley a la que estamos estudiando (LFDO), cosa que no resulta igual al momento de buscar su motivación, puesto que se encontrará ante la difícil situación de vincular los hechos ocurridos, con un enlace lógico-jurídico; sobre todo

^{xxxvii} García Ramírez, Sergio.

si estamos hablando de una presunción fundada.

Algo peor se tenía contemplado dentro de la iniciativa de ley dirigida a la Cámara de Senadores dentro del artículo 32, dedicado también al tema del aseguramiento, que dentro de su párrafo segundo citaba:

“...Cuando existan indicios suficientes para suponer que una suma de dinero, valores empresas y, en general bienes productos o beneficios de cualquier naturaleza, están siendo empleados para promover las conductas relacionadas con los delitos previstos en esta ley,...”

Ya no sólo se trataba de hablar de una presunción, sino que se utilizaba el término de suposición, para darle elementos y campo de acción mucho más amplio a la actuación del M.P. Esto daba lugar a que en situaciones extremas se pudiera violentar la esfera de existencia del ciudadano en base a suposiciones, mismas que no tienen un sustento científico o lógico; que no tiene reales parámetros de medición, que sólo tendría justificación para la autoridad que estuviera al frente de la investigación, pero hasta ésta misma tendría una serie de dificultades al momento de intentar acreditar sus acciones ante el juzgador, puesto que no sólo basta que una decisión esté dictada y ejecutada conforme a una ley secundaria, sino que además no debe violentar las más elementales garantías constitucionales.

Una opinión similar es sostenida por el Dr. García Ramírez al afirmar:

“En tal virtud, la inferencia que determinaría el aseguramiento no se construía... a partir de los datos que acreditaban en principio una responsabilidad penal individual, sino a partir de los que arrojaban “indicios para suponer” lo cual pudiera traducirse como sospechas que ciertos valores, bienes o empresas

están siendo utilizados, para promover delitos para ocultar o disfrazar ganancias derivadas de estos. La evidente amplitud y la imprecisión de las expresiones podrían llevar a conclusiones inaceptables.”^{xxxviii}

Ahora bien, si tenemos a la presunción como la base de nuestros actos, si vamos a considerarla como un elemento suficiente para legitimar nuestros actos, surge entonces la incógnita ¿Hasta dónde alcanza dicho fundamento? o planteada de mejor forma ¿Hasta dónde puede llegar el aseguramiento?.

Recordando la parte del texto del artículo 29 que nos interesa, tenemos que:

“...el Ministerio Público de la Federación, podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquellos respecto de los cuales esta se conduzca como dueño...”

Interpretando su contenido tenemos en primer lugar que una autoridad administrativa como lo es el Agente del Ministerio Público de la Federación, en apego a lo establecido en la presente ley, solicita a otra autoridad, esta última con características judiciales, que le autorice la realización de un acto también de carácter administrativo como lo es el aseguramiento.

Esto pone a la vista la preocupación y desconfianza por parte del legislador, hacia el mal manejo e indebida utilización de este instrumento. De antemano se sabe entonces que el Ministerio Público puede aprovechar su situación como investigador y autoridad para despojar al gobernado de sus bienes y suspender sus derechos en relación a los mismos.

Por eso de alguna forma le “ataron las manos” al persecutor de los delitos, en el sentido de que sea a consideración de dos y no de una sola autoridad, el que se

^{xxxviii} García Ramírez Sergio.

emita este acto de molestia para el gobernado.

El problema empieza al momento de que el juzgador a su criterio determine que no es procedente acordar de conformidad la solicitud de aseguramiento de bienes, puesto que no se determina si esta negativa puede ser apelable o no, ante el Tribunal Unitario; situación que si sucede en materia de intervención de comunicaciones. Lo más lógico en este caso sería pensar que puede ser recurrida ante el superior jerárquico del Juzgador Federal vía apelación, aunque quedaría la interrogante de saber en cuanto tiempo debería de ser pronunciada dicha resolución; puesto que, este tipo de situaciones sería comúnmente resueltas en corto plazo de tiempo dada la importancia del asunto de que se trata.

A pesar de ello no deja de llamar la atención la falta de cuidado con que dejaron de ser tratados detalles como el que ha sido señalado.

En segundo lugar viene un punto de igual magnitud en relación a su delicadeza, esto es que se habla de asegurar los bienes de las personas, que sean consideradas como miembros de la delincuencia organizada, sin discriminar aquellos que pueden haber sido adquiridos en forma lícita, de los que no fueron introducidos al patrimonio de tal manera.

Y en relación a este mismo punto el Mtro. García Ramírez comenta:

“Empero, el artículo 29 de la LFDO no tiene este género de discriminaciones, habla sólo de bienes de una persona a la que se presume miembro de la delincuencia organizada. Esta expresión tan genérica -que deriva de la Constitución-, sin deslinde con respecto a otro tipo de objetos que pertenezcan al infractor o respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, pueda dar lugar a dudas acerca de en que casos, el Ministerio Público puede disponer el aseguramiento y en cuáles otros debe solicitarlo al

juzgador...^{xxxix}

Sin lugar a dudas, existe aquí una gran laguna con relación al alcance del acto administrativo, que implica asegurar los bienes en su totalidad de una persona, puesto que debemos de tomar en cuenta varios puntos previos:

10 Una persona previa la comisión de un delito, puede poseer una cantidad considerable de bienes adquiridos en forma lícita, lo que por derecho no puede ser cuestionado.

20 Al cometerse un ilícito, no implica que la totalidad de sus bienes deban de ser puestos en el marco de la duda en relación a su legítima procedencia, como de hecho sucede a la luz de la LFDO.

30 Esto trae como consecuencia que debe hacer una discriminación en relación a estos bienes y no privarle de ellos en forma arbitraria y contraria a derecho.

Esto y que a pesar de que la misma Constitución en su artículo 22, párrafo segundo determine:

Artículo 22.- ...Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.”

En su afán de justificar semejante acto, el legislador autoriza esta práctica a nivel constitucional abarcando la totalidad de sus bienes, sin discriminar como es debido, aquellos que hayan sido adquiridos en forma lícita o que hayan ingresado a su dominio de la misma forma, como sucede en el caso de las donaciones, o como sucede con los mutuos, cuando el poseedor desconoce el origen de la ilicitud del

^{xxxix} García Ramírez Sergio

bien que se le está transmitiendo la posesión, lo que lo convierte en un tercero de buena fe.

Esto trae como consecuencia que si bien es cierto, que a la autoridad le está permitido actuar de esta forma, ésta no sea justa . Puesto que al Ministerio Público poco le va a importar el carácter jurídico, que detenten los bienes que posee el indiciado, y simplemente dictará el acuerdo de aseguramiento, con la autorización respectiva del juzgador, puesto que en este sentido no existirá un límite expreso determinado por la ley, que dicho sea de paso, no sólo es sustantiva, sino que se ve enriquecida con preceptos procesales, que se ven incompletos al no prever situaciones de esta índole.

Y para poder señalar algún punto de referencia tenemos la materia civil, en la cual se señala dentro de su respectivo ordenamiento procesal, un listado de objetos y bienes, que por sentido común y equidad, no pueden ser embargados, a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación contraída.

Por ello nos damos cuenta de todas las áreas que faltan por legislar a fin de no dejar lagunas sin normar, que tendrían graves consecuencias para el gobernado. En este caso se puede aplicar el ejemplo adoptado por el área civil en la cual se tomen en consideración la mejoría de los supuestos.

Tal es el caso de las tercerías, en las cuales la LFDO no maneja en lo absoluto algún punto en el sentido de determinar su intervención o la vía idónea para ello; puesto que se sobreentiende que su participación está por demás justificada, al momento de la averiguación previa o dentro del proceso, a fin de salvaguardar sus derechos en contra de un acto que atente en contra de sus posesiones o de los derechos que detenten en relación a los mismos.

En este sentido el Dr. García Ramírez comenta:

“No dice la ley quienes pueden oponerse al aseguramiento precautorio, pero es razonable suponer que pueden hacerlo quienes tengan interés jurídico en esos bienes, a título de propietarios. Esa posible oposición incumbe, por una parte, al indiciado, que para evitar el aseguramiento o lograr la revocación deberá acreditar la legítima procedencia de los bienes de su propiedad o establecer que en rigor no se conduce como dueño de los bienes de tercero, aunque las apariencias permitan suponer otra cosa.”^{XL}

Sin embargo agregamos nosotros que además de que la ley no contempla la figura del tercero tampoco regula a la tercería misma como consecuencia, no se determinan términos, ni medios para impugnar el acto de autoridad, dejando al entendimiento e interpretación de cada litigante y autoridad el de darle solución al problema.

Con esto podemos decir que falta aún mucho por trabajar a fin de darle elementos a la autoridad ministerial que permita una justa actuación que si bien esta apegada a derecho, como se dijo en líneas pasadas, también lo es que no pertenecen a un derecho que atiende y sirve a la justicia .

3.3. LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

3.3.1. LA DOCTRINA.

Desde el punto de vista de los estudiosos del derecho, y dentro de la materia procesal hay pronunciamientos en favor y en contra de que exista la carga de la prueba, como un principio que rija el proceso, no sólo penal sino también civil,

^{XL} García Ramírez Sergio
Op. Cit. Pág. 177

laboral, etc., así existen diversas máximas en esa relación: Incube la prueba al que afirma, no al que niega.- Paulo; o bien Onus probandi incumbi actori (La carga de la prueba corresponde al actor).

Todos y cada uno de los pronunciamientos que se han hecho y los demás que serán estudiados, tienen la finalidad de definir la naturaleza y su aplicación dentro del proceso penal.

Así empezamos por definir lo que es el concepto carga de la prueba; comenzando por el Mtro. De Pina y Vara:

“Necesidad que las partes tienen de probar en el proceso los hechos o los actos en que fundan sus derechos para eludir el riesgo de una sentencia desfavorable, en el caso de que no lo hagan.”^{XL1}

Eso a lo que toca a las partes dentro del proceso en general, sin embargo, el mismo autor determina que por lo que hace al Ministerio Público este tiene además una obligación procesal, como lo define:

“Obligación Procesal: Conducta procesal impuesta legalmente con fines de un interés ajeno a actividad jurídica ejercida en el proceso por un sujeto en beneficio de otro, por imposición legal...”

“El M.P., como sujeto procesal, se encuentra sometido a las obligaciones establecidas por su Ley Orgánica y por la naturaleza propia y el significado de su función.”^{XLII}

Esto mismo llevado a la práctica procesal toma forma dentro de los artículos 3º

^{XL1} De Pina y Vara, Rafael

Op,cit, pág. 199

^{XLII} Op, cit. Pág. 387

fracciones II y V, y 8° fracción I inciso c) y fracción II inciso d), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los cuales se establecen obligaciones al M.P. como autoridad dentro de la averiguación previa y como parte, ya dentro del proceso.

Así tenemos que para promover la pronta expedita y debida procuración e impartición de justicia (Art. 2° fracción II de la mencionada Ley Orgánica Institucional), el M.P. en sus actuaciones dentro de la averiguación previa debe practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; así como para la reparación de los daños y perjuicios causados (Art. 8° fracción I inciso c) y ante los Organos Jurisdiccionales debe aportar las pruebas y promover las diligencias conducentes, para la debida comprobación de la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, de la responsabilidad penal de la existencia de los daños y perjuicios, así como para la fijación del monto de su reparación. (Artículo 8° fracción II inciso d).

Otro autor más que se pronuncia en relación al tema es el Mtro. Julio Hernández Pliego quien al respecto considera:

“El problema de la carga de la prueba envuelve la interrogante acerca de quien está obligado a probar. Una parte de la doctrina procesal penal, estima que puede hacerse un trasplante de esta institución, al proceso penal, habida consideración de que en el enjuiciamiento civil, la carga de la prueba (onus probandi) la reporta quien realiza una afirmación, pero también quien niega un hecho, si esa negativa es contraria a una presunción legal o envuelve una afirmación.

Tal consideración se desentiende de que los

intereses ventilados en el proceso penal, por su carácter predominantemente público, determinan la imposibilidad de abandonar su satisfacción al elemental cumplimiento de la obligación de probar, mayormente si se atiende a la presunción de inocencia que recoge como principio universal nuestra legislación, por lo cual el inculpado está relevado de la obligación de probar su inocencia.”^{XLIII}

En líneas más adelante el Maestro continúa refiriéndose al tema de la siguiente manera:

“Gómez Orbajida y Herce Quemada, a propósito del tema, dicen que el proceso penal no es un proceso de parte, o sólo lo es en el sentido formal o impropio, por lo que dos intereses que coexisten en la justicia represiva: el interés de que no escape de la pena el culpable y el interés de que no se castigue al inocente, e incluso el de que no sea castigado el culpable más allá de la medida de su efectiva responsabilidad, no son de ninguna manera intereses parciales, por lo que no cabe hablar de distribuir equitativamente entre las partes las cargas probatorias.”

Por otro lado, quien tiene un amplio espacio dedicado al tema dentro de su obra es el mencionado Mtro. Días de León, teniendo para ello que iniciar explicando para ello lo que representa cada uno de los participantes dentro del proceso penal:

“...si bien es cierto que no es adecuado al proceso penal el criterio de litigio, también lo es que éste no

^{XLIII} *Programa de Derecho Penal*
Hernández Pliego, Julio.
Editorial Porrúa, 1987, México D.F.

debe servir de apoyo para negar al M.P. su calidad de parte, porque como ya se indicó, aquel se refiere a una cuestión extraprocesal y de derecho material que difiere del fenómeno procesal.

Siguiendo la doctrina que impera actualmente en este, respecto sujetos procesales son las personas entre las cuales se constituye la relación procesal penal. Los mismos serán la consecuencia: el Ministerio Público, el procesado y el Juez.^{XLIV}

Esto debido a que en primer momento para determinar el concepto de la carga de la prueba, primero debe determinarse, a quienes les puede corresponder dicha carga, por ello la necesidad de diferenciar quienes participan en forma activa y determinante dentro del proceso penal, y como se mencionó tenemos por un lado al procesado, por el otro al M.P. y justo en medio de los dos equilibrando y tomando las riendas del proceso al mismo juez.

Por ello y ya que conocemos a los que pueden intervenir en forma común dentro del proceso penal podemos ahora determinar a quien corresponde la ya nombrada carga de la prueba.

La carga de la prueba en el proceso penal.

En específico vamos a conocer lo que nos explica el Mtro. James Goldsmith en relación a las cargas procesales:

“Señala que las más importantes son: la de comparecencia, la de afirmación, declaración y contestación; especialmente la que pesa sobre el demandado de pronunciarse sobre los hechos alegados por el actor como fundamento de la demanda, la de

^{XLIV} Op. Cit. Pag. 298. Citado por el maestro Díaz de León.
CXXII

probar, la de jurar la de exhibir documentos, la de caución y anticipo de las costas y la de gestión del proceso. Se establece así, que una de las cargas procesales más relevantes es la carga de probar.”^{XLV}

El Mtro. Díaz de León nos dice:

“La carga de la prueba se presenta así, como un principio fundamental e insalvable para el proceso que por lo mismo gravita y afecta la conducta del juez y de las partes.” -y continúa explicando- “en el proceso penal no sólo se discute, sino hasta se niega la aplicación del principio de la carga procesal y, por ende, el principio de la carga de la prueba como gravamen sobre las partes.”^{XLVI}

Existen pues corrientes adversas, en las cuales se dan opiniones en favor y en contra de la existencia y validez del principio procesal de carga de la prueba, que se da bien por el hecho de equiparar el derecho civil con el penal, por lo menos en ese aspecto al tratar de trasladar el concepto de carga de la prueba en uso dentro del proceso penal.

Por ello existen autores en contra que se niegan a considerar como factible el hecho de comparar la existencia simultánea del concepto de carga procesal dentro del proceso penal y civil, ello debido a los argumentos que a continuación se sostienen por parte de ellos.

Para Gian Antonio Micheli no se puede hablar de la existencia de la carga de la prueba debido a que:

^{XLV} Goldsmit, James.

Op. Cit. Pag.203, citado por el Lic. Marco Antonio Díaz de León,

^{XLVI} Tratado sobre las Pruebas

Díaz de León, Marco Antonio.

Editorial Porrúa. Pag. 310

“...Me parece inútil, por tanto, el querer vincular la actividad procesal del M.P. que un interés interno, he ahí porque; a mi entender, debe considerarse como fracasada la tentativa del transportar al proceso penal la noción de carga de la prueba, acogida por la predominante doctrina. Es que en este último proceso la carga no tiene la eficacia de estímulo de la actividad de las partes, puesto que no puede decirse que el M.P. sea titular de un interés interno en antagonismo con el imputado.”^{XLVII}

Por otra parte Eugenio Florian estima que:

“en el proceso penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o salir del paso de la astucia de las mismas.”^{XLVIII}

Estos puntos que no compartimos, no tienen desde nuestro punto de vista, la razón, y para ello hay que analizarlos detenidamente cada uno, empezando por el que sostiene Micheli que en concreto considera que: “...no puede decirse que el Ministerio Público. sea titular de un interés interno en antagonismo con el imputado.” En primer lugar el hablar que el Representante Social. como participante dentro del proceso penal tenga un interés interno, es desconocer su principal finalidad, puesto que la naturaleza jurídica de la misma figura del M.P. implica más que la titularidad de un interés interno. Para ejemplificar esto lo definimos:

M.P. Cuerpo de funcionarios que tiene como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos personificando el interés público, existente en el

^{XLVII} Micheli, Gian Antonio.

Op. Cit. Pag. 271. Citado por el Lic. Marco Antonio Díaz de León

^{XLVIII} Florian Eugenio

cumplimiento de esta función estatal.^{XLIX}

Queda claro que dada su naturaleza y el origen de su encargo, vela y representa a la sociedad, ¿Cómo? llevando a cabo, de acuerdo a sus facultades el ejercicio de la acción penal, del cual es titular y es de todos conocido que dicha función en nada es un "interés interno" del M.P. si no muy por el contrario es parte del interés general, puesto que es la persecución de los delitos a través de la procuración de justicia, dada la lesión que provoca en sus miembros la comisión de un ilícito y la comprensible preocupación de que no quede impune.

Esto explica que entonces el Representante Social no participe movido por interés personal, no atiende a un perjuicio o beneficio particular, por el contrario lo que lo mueve es un deber encomendado por el pueblo a través de la ley que le da vida, cumpliendo así, con una función estatal.

Pero no sólo se detiene ahí, sino que además es parte de un complejo sistema de seguridad pública en México, que le da ahora un aire de protector general junto con otras Dependencias del Poder Ejecutivo, a fin de garantizar un orden público, que no se altere por la existencia de grupos delictivos, a los cuales sale a combatir, convirtiéndose más en un policía, que en un investigador público.

Todo esto en general nos da una idea de lo público que resulta su función y no velando intereses particulares, y es lo que obliga a demostrar sus aseveraciones.

Ahora bien Eugenio Florian afirmó que la carga procesal desaparece cuando el juez puede suplir con su iniciativa, la inercia de las partes o salir del paso de la astucia de las mismas. Pero pensar de que el juez a su iniciativa suplirá en todo momento la inercia o participación de las partes sería como pedirle que dejará de lado su imparcialidad y su investidura de juzgador para ponerse a cada instante tanto como parte acusadora como defensora, lo que suena ilógico.

Op. Cit. Pag323. Citado por el Lic. Marco Antonio Díaz de León
^{XLIX} Diccionario de Derecho Penal.
De Pina y Vara.

El juzgador es un funcionario que representa una institución legal e imparcial, con atención a la justicia y sólo a ella se debe, no al esfuerzo de anticiparse a la actuación de las partes, que dicho sea, traería procesos infinitos y siempre inclinados hacia algún lado.

El juez siempre está a la espera de que se le alimente con datos, pruebas, elementos que formen en su criterio la convicción de cuál es la realidad, y saber hacia que lado debe inclinar la balanza de la justicia, el desconoce la verdad histórica de los hechos, puesto que para eso fue creada la etapa de instrucción y para ello se concedieron a las partes los tiempos y los medios para acercarle al juez los elementos tanto de hecho como de derecho que comprueben su dicho, por un lado el M.P. y por otro el procesado y su defensor.

No existe por eso razón en decir que el juez se adelantará a la actuación de las partes pretexto de evitar engaños o trampas para ocultar la verdad y obtener una resolución favorable.

La doctrina, así ha expresado su manera de explicar la existencia del concepto carga de la prueba, definiendo sus miembros y explicando el porque de su aplicación.

3.3.2. LA LEY

Legislación Penal.

En el caso del CPP, tanto Federal como del fuero común, su regulación es distinta, puesto que si bien es cierto que se hace alusión al punto en cuestión, es realmente pobre.

En este sentido el Código Penal Procedimental Federal debería a modo en como lo

tiene determinado el CFPC o el CPCDF, la manera en como se puede regular la carga de la prueba, sobre todo ahora que ya es factible revertirla, aunque en este caso imperaría el principio de que la ley particular impera sobre la general; pero sería muy importante el hecho de contar con un punto de referencia que sirva de brújula a fin de no perder el rumbo dentro de los lineamientos señalados por la materia penal.

Por el otro lado tenemos el CPPDF, dentro del capítulo dedicado al valor jurídico de la prueba, se establece en su artículo 248 lo siguiente:

“Artículo 248.- El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.”

En este caso tenemos un pronunciamiento en este sentido, el CPPDF, si determina la figura de la que estamos hablando, y de hecho contempla algunos de los supuestos que los anteriores, de ahí que se llega a la conclusión que se observa en el artículo que le antecede al 248, y es el siguiente.

“Artículo 247.- En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.”

Así se tiene que si las pruebas son endebles, no tienen un firme sustento, no pueden por tanto constituir sino más que una duda y ante esto no se puede condenar a nadie, puesto que de ahí se tiene el principio de que todo individuo es inocente hasta el momento en que existe una o varias pruebas firmes e irrefutables que demuestren lo contrario, esto es su culpabilidad.

De ahí la importancia del tema que con tanta insistencia hemos repetido a lo largo de este trabajo, puesto que como hemos destacado, si se permite que a alguna de las partes no tenga la necesidad de probar sus afirmaciones y por el contrario, pasan esa obligación a la parte contraria, la más vulnerable, entonces nos convertiremos en un Estado represivo e intolerante, persecutorio e injusto, el Estado a través del gobierno y sus diversos poderes deben tener mayor cuidado en la manera en como

se crean las leyes, sobre todo en el ámbito coercitivo, en la actividad persecutora y sancionadora de los delitos.

Por último el artículo 246 impone la obligación a la autoridad judicial, de apreciar las pruebas con sujeción a las reglas de este capítulo; lo que nos lleva a interpretar que se debe observar el principio dispuesto en el artículo 248 y que es materia del estudio que nos ocupa, lo que impide por equidad procesal no revertir la carga de la prueba excepto en los casos específicos que se señalan y esto debido a que surgen nuevos elementos a probar.

En conclusión y que se trata de un acto provisional, al ser privativo y coercible, debería de cuidarse la redacción de los términos empleados en la ley, y evitar actuar en forma arbitraria por parte de la autoridad.

Lo que resulta peor es que la redacción del artículo 29 de la LFDO, ya existía en lo previsto por el artículo 149 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo menos en lo que resulta a garantizar el cumplimiento de la reparación del daño, y que casi en los mismos términos permite realizar el aseguramiento de bienes en forma precautoria, por lo que para mayor abundamiento me permito citarlo:

"Artículo 149.- El Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes solicitarán el juez, y este dispondrá, con audiencia del inculpado, salvo que este se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que puedan hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios. Tomando en cuenta la probable cuantía de estos, según los datos que arrojen las constancias procesales, se negará el embargo o se levantará el efectuado, cuando el inculpado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados.

Para los efectos de este artículo se resolverá y diligenciará el embargo, notificando de inmediato al inculpado sobre la medida precautoria dictada, para desahogar la audiencia prevista en el párrafo anterior

Se entiende que inculpado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, y hasta en tanto se ejecuta esta.”

En este caso como podemos darnos cuenta que en el ámbito penal federal se tiene mayor consideración para con el indiciado, por el hecho que opinamos que no es justo el hecho de que se le prive de sus bienes sin que previamente se le escuche dentro del proceso penal, lo que sucede en la LFDO, que sin escuchar previamente al procesado se le priva del derecho de disponer de sus bienes.

3.3.3 LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Con estos antecedentes, llegamos al análisis que conforman la última parte del artículo 29 de la LFDO en íntima relación con el principio de inocencia, pero más que otra cosa con el hecho de invertir la carga probatoria, ahora indebidamente autorizada.

Como es señalado por el artículo en estudio:

Artículo 29.- “...quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.”

En este caso la ley a diferencia del código de procedimientos penales le permite actuar a la autoridad a fin de que sólo en base a indicios y presunciones se realice un acto de molestia que en este caso está totalmente a favor de la autoridad.

La ley procedimental, por principio respeta las reglas probatorias, la coloca a cada una de las partes en su sitio y expone claramente que aquel que afirma o que sostiene una aseveración debe probarla, al igual que señala los casos específicos en los cuales no sucede .

Por ello es de afirmar que para el M.P. como un investigador preparado que cuenta con los elementos teóricos y científicos, así como con los recursos teóricos y humanos, no puede justificarse el facilitarle su labor revirtiendo la carga de la prueba; es su obligación como un servidor público especializado realizar una labor correcta y de acuerdo a sus atribuciones.

No sucede así en la LFDO, puesto que al M.P. por simple disposición de la ley, se le facilita su obligación de aportar pruebas y sostenerlas al realizar un acto de molestia de la importancia con que es ésta.

Al imponer el aseguramiento de bienes, aún y con la autorización del juez federal, se le impide al gobernado actuar y disponer de ellos y lo peor es que debe demostrar ahora y no su acusador que posee dichos bienes en forma lícita, lo que de entrada ya se puede sentir el desequilibrio de la balanza rompiendo en forma arbitraria el delicado equilibrio que tanto la ley como el juzgador deben procurar mantener dentro del proceso.

Por ello la ley no es equitativa, puesto que no da el mismo trato a las partes, ya que si una persona obtuvo por una donación un bien mueble o inmueble, ésta es un poseedor ajeno a la comisión de algún ilícito y puede ser el caso de que no cuente con documentales o algún otro medio para demostrar su posesión legítima, puesto que para ella su adquisición fue conforme a derecho. Sin embargo para la redacción con que cuenta la ley no se prevén casos así y por lo tanto se verá despojando de sus posesiones en forma injusta, por la disposición de la ley.

Sin el beneficio de la duda con que debe contar todo individuo, nos vemos en peligro constante de incurrir en un delito, pero ahora con una capacidad menor de defensa, puesto que ahora se puede condenar a un individuo con el sólo hecho de aportar indicios y no pruebas plenas, que den vida a presunciones, entrando ahora a una nueva etapa dentro del derecho penal tanto sustantivo como adjetivo, so pretexto de dar lucha a nuevas formas de delincuencia, ante la imposibilidad del Estado de combatir las eficazmente.

Sabemos que la ley por severa que sea debe ser atendida y respetada, de su obediencia y observancia, depende la armoniosa convivencia entre los hombres, el avance de la sociedad en la que se desenvuelve día a día, y cuando se rompe es deber del Estado corregir a los infractores conforme dichas leyes determinen.

Pero también como estudiosos del derecho sabemos que las leyes deben responder a las necesidades de la sociedad para quien es creada y no a los intereses, de algún grupo en el poder, que por justificar su permanencia generan cuerpos normativos autoritarios, disfrazándolos de firmes, injustos, calificándolos de severos; porque entonces volvemos al Estado en persecutor y arbitrario, poniendo al gobernado en un temor constante, en vez de hacerlo sentir confiado en que sus autoridades actuarán correctamente. No basta con hacer leyes duras y cerradas sino se hacen respetar primero. No es suficiente con crear tipos penales nuevos, si quienes deben hacer valer a la ley la quebrantan, se deben primero crear servidores públicos capaces, con conocimientos suficientes, que puedan encontrar y sostener pruebas que inculpen a quienes quebrantaron la ley y por ello deban resarcir el daño.

Si el M.P. está convencido que a la persona que tiene bajo investigación es probablemente responsable porque encontró los medios de prueba suficientes que lo llevaron a tal conclusión, entonces no debe ser difícil sostenerlos ante un juzgador y convencerlo también de su culpabilidad, de no actuar así, se está procediendo con falta de ética y profesionalismo.

CAPITULO IV.

PROPUESTAS

4.1 La Determinación del término indicios suficientes.

Se trata como en todo trabajo de investigación, no sólo de conocer el origen y alcance del problema que se está planteando, si no de proponer posibles soluciones a los mismos que sean prácticos y factibles de aplicarse a la realidad que se vive.

Al estudiar cada elemento que forma parte del artículo 29 de la LFDO, desmembramos poco a poco los puntos con los cuales no estamos de acuerdo y las razones por las cuales no coincidimos; es pues que tomamos esas razones para aportar alguna solución que desde nuestro punto de vista resuelva dicha controversia.

En primer lugar analizamos al denominado indicio suficiente, y con el cuidado debido, a la luz de la doctrina tomamos en cuenta los puntos de vista de diversos autores que aportaron una gama diversa de opiniones que fueron de lo más contradictorias, y junto a estas opiniones, los argumentos que sirvieron de sustento.

Así estudiamos a Mittermarer con su afirmación de que el indicio es un hecho que se encuentra en relación íntima con otro; a Framarino definiéndolo como una de las 2 pruebas indirectas.

Sin embargo en ningún momento la prueba indiciaria ni la prueba presuncional dan lugar a una afirmación categórica, por sí mismas no permiten conforme a los principios jurídicos, juzgar y tomar como consecuencia una determinación por la razón de que dejan lugar a dudas sobre el individuo al que se tiene en tela de juicio.

Al ser valorado como se dijo, resulta ser una prueba complementaria, pero jamás

definitiva, porque da lugar a dejar al intelecto y a la conciencia a merced de las lagunas de la duda, que en materia jurídica y en especial en la rama penal no permite de ningún modo actuar de manera arbitraria, puesto que la autoridad violaría diversas garantías individuales fundamentales.

Nos damos cuenta lo inapropiado que resulta trabajar con indicios, puesto que no basta con su simple hallazgo, sino que además deben de ser estudiadas por su naturaleza a efecto de poder darles un vínculo directo, en este caso a un proceso penal.

Esto trae como consecuencia de que nos preguntemos ¿Cuán válido resulta que en la etapa de investigación se pueda trabajar con indicios que a su vez den vida a una presunción?.

Quizá sea por ello que muchas de las consignaciones realizadas por el Ministerio Público sean endebles y carentes de elementos suficientes que inculpen realmente a una persona por la comisión de un ilícito.

Constatamos el trato tan pobre que los códigos procedimentales dan a los indicios. No puede por lo tanto, darse tal fuerza a un medio probatorio que se encuentra tan pobremente reglamentado, y como también fue mencionado, se haya encontrado culpable a una figura pública, en base a meros indicios, puesto que aceptarlo así da a pensar cual fácil resulta ahora inducir el convencimiento de la culpabilidad de una persona, dentro del criterio del juzgador, o bien que fueron motivos políticos ajenos a los jurídicos los que motivaron el pronunciamiento de culpabilidad por parte del Juez.

La prueba indiciaria por sí misma no tiene fuerza suficiente para inculpar a una persona, se requiere la existencia de otros elementos más, que en su conjunto y su enlace lógico y evidente, a los ojos del juzgador, no le dejen lugar a dudas sobre la determinación que tome, pero además deben existir otras pruebas diversas que refuercen a los indicios, como lo son las testimoniales, confesionales, inspecciones judiciales, etc. y no sólo la existencia de hechos que vislumbren posibles nexos.

Sabemos que la prueba indiciaria nos lleva de un hecho que conocemos, a uno que nos es desconocido, pero eso precisamente se logra al encontrar verdaderos rastros Histórico-Jurídicos, que permitan al raciocinio del juzgador llegar a la verdad buscada, sin temor a equivocarse, cosa que en muchos de los casos es difícil de conseguir.

El conjunto de todos estos argumentos nos permiten sostener el criterio de que se debe determinar en forma clara el calificativo de suficientes que se adiciona al término de indicios, ya que al decir que los indicios deben ser suficientes dejan al arbitrio del individuo quien funge la función de acusador o bien de juzgador, el determinar la cantidad y calidad de dichos indicios, que en un momento determinado pueden ser escasos al extremo, y ante lo cual se juzga incorrectamente al procesado.

Si bien por eso mismo cambiaríamos el vocablo suficiente por una frase más ilustrativa, que le permitiera en forma plena al juzgador formarse por mandato de ley un criterio serio y documentado, conforme a los elementos con que cuenta la averiguación o bien el expediente. Nos dimos cuenta que deben ser los indicios los que que alimenten un proceso mental complejo que por su naturaleza, apareja gran responsabilidad. Por ello es que bien puede quedar nuestra propuesta de la siguiente manera:

“... Cuando existan indicios dentro de la Averiguación Previa o el Proceso que a criterio de la autoridad Ministerial y Judicial indiquen con las reservas de ley, que una persona probablemente pertenece a la Delincuencia Organizada...”

De esta manera se tiene la posibilidad de actuar conforme a una idea clara y a una norma que permite a la autoridad no violentar sus garantías constitucionales, puesto que cambia radicalmente el concepto de suficiencia, aterrizando la idea en concreto; dejando de lado un término que da lugar a interpretarse de varias maneras.

Todo ello es un beneficio del equilibrio procesal que desde la misma ley debe existir

y que se pone en práctica día a día en los juzgados en donde se juega la libertad de infinidad de personas.

Conseguir ese equilibrio permite al sistema judicial mexicano, dar seguridad jurídica a sus gobernados, poniendo al individuo y a la autoridad en igualdad de posibilidades de actuar, y como insistimos, esto se logra poniendo en práctica en forma real a las normas que se tienen a través de servidores públicos que cuenten con integridad, lo cual se consigue sólo con una correcta educación, no sólo para contar con buenos gobernantes, sino con buenos ciudadanos.

4.2 Base Jurídica de la presunción como fundamento del acto de autoridad.

Al igual que los indicios, la presunción es considerada como una prueba complementaria, que en conjunción forman por su naturaleza un auxiliar, para la autoridad y con ello facilitar su labor.

Sin embargo, a través del presente trabajo nos hemos dado cuenta del trato que se da a la luz de la doctrina y de la misma Ley, y por ello podemos ver que para la doctrina, la presunción, no cuenta con una solidez suficiente que permita afirmar que se trata de una prueba confiable, puesto que nunca tendrá como sustento una base firme que no deje lugar a dudas.

Esto es debido a que en primer lugar la prueba presuncional depende de la confiabilidad de los indicios con los cuales sea alimentado, ya que si estos no son recabados en forma completa y correcta, verificando su autenticidad y conexión real con los hechos a los cuales se pretenden vincular, se encontrará ante un juicio formado con elementos falsos o erróneos, lo que sería grave para los fines del proceso penal.

Segundo la presunción implica un entrenamiento en el sentido de ser capaz de aplicar los principios de la lógica al juicio penal, aplicando los elementos, con que cuenta la autoridad y que son aportados por una investigación primaria que fue en su momento agotada puesto que de la misma se encontraron elementos suficientes

para poder llevar a un individuo a ser juzgado por la autoridad a quien el Estado ha encomendado dicha misión.

Es por tal situación que el juzgador que se aventure a considerar a la presunción como uno de los medios de prueba idóneo para condenar a un individuo debe tomar en cuenta que en realidad tiene en sus manos el riesgo de cometer una equivocación, que cuando se basa en pruebas con mayor convicción a la luz de la Ley.

La presunción inicia de las ideas más sencillas hasta concluir con las más elaboradas, partiendo de premisas que contienen hechos conocidos y que derivan en una conclusión. Esto es lo que toma en cuenta el derecho para poder calificarla como medio de prueba, por lo que al ser incluida en el Código de Procedimientos Penales tanto federal, como local; nos dimos cuenta de la escasa regulación con que se le consideró, y es que apenas y se le tomó en cuenta y por consiguiente se le llega a confundir con los indicios, por ello es que proponemos que en primer lugar debe de contenerse en un capítulo aparte como sucede en el Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cosa que no sucede en el ámbito federal en el cual sólo contempla a las presunciones en un mero artículo (286) que en este caso se refiere a los indicios y no a las presunciones.

En el caso del CPPDF sí se destina un capítulo a las presunciones, pero en concreto sólo se destinó de igual forma un artículo (245) y en el mismo se cometió el grave error de confundir supuestos la presunción con los indicios.

En ambos se deben dedicar a explicar cada concepto por separado y la forma en como se relacionan para que quede clara la manera en como se aplicarán al proceso, ya que además van a cobrar mayor importancia dentro de la LFDO y las consecuencias que traerán consigo.

Todo esto en su conjunto, forman la nueva base jurídica que proponemos para que sea tomada en cuenta para reformar y perfeccionar tanto a los Códigos Penales adjetivos, como a la LFDO, evitando así, que por un lado se equilibren las reglas en

los juicios penales, como por el otro, se evita que aprovechándose de la imprecisión de los términos empleados, puedan por medio del juicio de amparo o apelación conseguir combatir los autos de las autoridades o determinaciones.

4.3 La Reglamentación

Lo que a lo largo del presente trabajo hemos solicitado es que no se permita a la autoridad una total libertad en su actuación, en su afán de perseguir a los integrantes de la Delincuencia Organizada ya que se corre el riesgo de cometer violaciones a las garantías individuales de los ciudadanos o por otro lado llegar a cometer irregularidades que traigan consigo responsabilidades para dichas autoridades.

En ese sentido nos encontramos que en fecha 4 de mayo de 1999, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la "Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados", misma que de acuerdo al artículo Primero Transitorio entra en vigor el 14 de agosto de ese mismo año.

Esta ley cuenta con 59 artículos distribuidos en 4 títulos que llevan las siguientes denominaciones:

- 10 Disposiciones Generales.
- 20 De los Bienes Asegurados.
- 30 De los Bienes Decomisados y Abandonados.
- 40 Del Organo de Administración.

Bajo de esta estructura la ley trata de abarcar la mayoría de los supuestos que en la realidad pueden plantearse, y de aquellos que no se contemplan nos deja la idea de que pueden aplicarse en forma supletoria tanto el Código Civil en lo que toca a la materia federal, como al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sin embargo surge aquí una curiosa mezcla de materias de derecho que convergen

en un mismo ordenamiento a fin de regular las diversas hipótesis que puedan presentarse, puesto que tanto son de índole Administrativo, Civil y Penal, sin definir bien a cuál de todas realmente pertenece.

Esta situación puede complicar la situación de saber ante que materia a la que pertenezca un Juez de Distrito o bien un Organó Colegiado, a fin de solicitar amparo, ya que como dijimos se reúnen en forma "sui-generis" diversas ramas del derecho.

La Ley de Administración de Bienes Asegurados que surgió durante la elaboración de este trabajo nos parece que es el resultado de una necesidad gubernamental que a propuesta del ejecutivo pretende adjudicar casi la totalidad del control de una cantidad extraordinaria de bienes de cualquier naturaleza. Y esto puede dar lugar a cuestionar sobre la capacidad verdadera de la Secretaría a la cual ahora se le ha encomendado dicha misión.

Iniciamos desde el artículo 1º cuando determina que el objeto de la Ley es regular la administración y destino de los bienes asegurados, decomisados y abandonados. La pregunta aquí es ¿Por qué de nuevo cuenta el gobierno, es el que debe administrar todo?. En muchas ocasiones se ha demostrado la incapacidad y falta de preparación por parte de los funcionarios públicos, para llevar con éxito el manejo de empresas, hacerlas productivas o por lo menos mantenerlas a flote; puesto que no basta el respaldo que el gobierno representa ante lo malos manejos que puedan darse.

Todo aquel que se compromete a llevar a cabo el manejo y administración, no sólo de garantizar solvencia en el caso de que se produzca algún fraude en contra de dicha empresa o negocio. Se debe entregar su dirección y manejo en manos de personas físicas o morales en los cuales exista la certidumbre de que cuenta con experiencia en el manejo exitoso de tales empresas.

A pesar y que la Ley faculta al Servicio de Administración para que entregue la administración de los negocios o bienes asegurados a otras personas, se le da

preferencia a las Dependencias o Entidades de la Administración Pública Federal, lo que denota esa obstinada inclinación a entregar el manejo de los bienes al Gobierno Federal.

En general la Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados no cuenta con un orden lógico, los órganos de control y toma de decisiones se encuentran explicados y justificados hasta el final de la Ley, cuando deberían ser mencionados desde el inicio, lo que no se cuidó al momento de su elaboración; esto da lugar a hablar acerca de un órgano público sin conocerlo primero. (Título IV).

Ahora también se debe tomar en cuenta que la expedición de esta Ley sólo se refiere al ámbito federal, y que en ningún caso, obliga al resto de los integrantes de la federación a observarla, pudiendo en su caso emitir una propia con sus características, que en cada caso particular regulen las situaciones jurídicas que se presentan o bien en caso contrario a mantener el régimen de control que actualmente poseen.

Esta Ley contiene al mismo tiempo disposiciones de carácter tanto sustantivo como procedimental, combinando formas administrativas para regular diversas actuaciones en relación a trámites que tienen vínculo con el aseguramiento de bienes, como normas que definen conceptos y facultades de diversas Instituciones que cobran vida en esta Ley, lo que da como resultado que de un artículo a otro se experimente un cambio radical en cuanto a la forma en como fue elaborada la Ley en un ir y venir son orden.

En otro punto de la Ley encontramos un punto interesante que vale la pena estudiar citado en el artículo 12 de la Ley en cita al manifestar.

Artículo 12.- La administración de los Bienes Asegurados comprende su recepción, registro, custodia, conservación y supervisión, serán conservados en el estado en que se hayan asegurado, para ser devueltos en las mismas condiciones, salvo el deterioro normal que se les cause por el transcurso del tiempo. Podrán utilizarse o ser enajenados única y exclusivamente en los casos y complicado los requisitos

establecidos en esta Ley.

Hablemos pues, de los conceptos que abarca el término administración para los efectos de la presente Ley, y así tenemos en primer lugar la recepción, que en su comprensión no nos causa grandes problemas, pues se entiende que se recibirá el bien que se pretenda administrar, y por lo que haga el registro del mismo, se refiere al banco de datos que se deberá llevar con los datos necesarios para su control.

La custodia abarca todos aquellos actos encaminados a salvaguardar la integridad y funcionalidad del bien entregado, lo que va íntimamente de la mano con el siguiente concepto que es la conservación, esto es, que preserve su calidad y características en la medida de lo posible teniendo en cuenta el natural paso del tiempo.

Por último hace alusión a la supervisión, que entendido como una vigilancia sobre todos estos anteriores podrían realizar un cuidado integral sobre la universalidad de bienes que hay que administrar, con la consigna de que deberán ser devueltos, que procede en las mismas condiciones en que lo permitan el normal desgaste por el transcurso del tiempo.

Sin embargo se deja la puerta abierta a la posibilidad de que se pueda disponer, tanto en su uso como en su enajenación de los bienes asegurados, y para ello atendemos a lo que determina el artículo 27 de la misma Ley.

Artículo 27.- Los bienes semovientes, fungibles y los que sean de mantenimiento incosteable a juicio del Servicio de Administración, así como los perecederos, serán enajenados por el propio Servicio de Administración de acuerdo con los procedimientos previstos en la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación.

Esta autorización por parte de la Ley se ve reforzada a través de lo que se establece en la segunda parte del artículo 18 de esta Ley.

Artículo 18.- Al efecto, para la debida conservación y en su caso buen funcionamiento de los bienes asegurados, incluyendo el de los inmuebles destinados

a actividades agropecuarias, empresas, negociaciones y establecimientos, el servicio de administración tendrá todas las facultades y obligaciones de un mandatario para pleitos y cobranzas, actos de administración y, en los casos previstos en la Ley, actos de dominio. Los depositarios, interventores y administradores que el servicio designe, tendrán sólo las facultades para pleitos y cobranzas y de administración que dicho servicio les otorgue.

En su conjunto, la última parte del artículo 12, el segundo párrafo del artículo 18 y el artículo 27 dan pie a la regulación sobre las amplias facultades otorgadas al Servicio de Administración, que aún como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, indebidamente le fueron otorgadas.

Como se dijo en comentarios anteriores, el manejo por parte de la administración pública no es la más recomendable, por la carencia de elementos tanto físicos como humanos para el manejo correcto de los bienes asegurados, y por otro lado, se vislumbra como la oportunidad por parte de algunos funcionarios de obtener recursos de manera indebida, o bien la manera de suministrar recursos hacia las Instituciones públicas muchas veces a costa de los intereses de los particulares.

Además de que la autorización de disponer en forma libre de dichos bienes, por parte de la autoridad no se encuentra debidamente justificada por la Ley. Como dijimos anteriormente en el concepto que se proporciona en el artículo 12 no se hace mención que en el concepto de administración también se considere su enajenación o su utilización, por parte de la autoridad.

Se determinó anteriormente que estos bienes no son propiedad de la autoridad, sino que ésta los retiene hasta el momento en que el procesado se le encuentre responsabilidad penal y sea sentenciado o bien no se encuentren pruebas que le inculpen y sea absuelto.

Estos dos supuestos dan como resultado que el destino de los bienes previamente asegurados sea el que en el primer caso estos sean decomisados y utilizados en la reparación del daño, o bien que los mismos, en el otro caso, sean devueltos a su

dueño.

En forma injusta la Ley permite que el ejecutivo utilice dichos bienes sin pertenecerle, e incluso tenga la autorización como mandatario con poderes de actos de dominio para disponer de la propiedad de tales bienes, sólo ahora porque conviene a la autoridad, sin detenerse a pensar en el patrimonio del procesado y su familia.

La autoridad en forma indebida justifica su accionar y pretende legalizar actos de disposición pretextando la debida conservación de los bienes, con medidas que de plano son usureras y que a todas luces perjudican en forma ilegal los intereses de los gobernados.

Todas estas disposiciones siguen la tendencia de nulificar los medios de defensa de los gobernados, sean en delincuencia organizada, sean en administración pública, lo que implica que la equidad en el proceso se debilita y el trato que la ley proporciona no es el mismo, favoreciendo a la autoridad.

CONCLUSIONES.

Las conclusiones derivadas de este trabajo abarcan diversos temas, en varias ramas del derecho, porque como nos dimos cuenta se encuentra involucrado el derecho penal, administrativo, civil, etcétera, pero que a grandes rasgos podemos enumerar de la siguiente manera:

- 1.- El fenómeno social que se dio a conocer como delincuencia organizada, realmente no es de reciente nacimiento, sino como problema social ha existido desde hace muchos años, teniendo orígenes ancestrales, casi históricos como en el caso de la mafia o la yakuzza, donde es de hecho una tradición.
- 2.- Estos grupos cuentan con determinadas características muy bien limitadas y que en su conjunto le han dado el nombre de Delincuencia Organizada, como una evolución del Tipo de Asociación Delictuosa, de donde surgió y toma sus elementos esenciales naciendo un nuevo tipo penal.
- 3.- La Delincuencia Organizada en los últimos años han representado un grave daño para las sociedades del mundo, al grado de poner en peligro la estabilidad de los gobiernos, la seguridad pública, la sana convivencia de sus gobernados. Esto es debido a la enorme capacidad económica con que cuenta, lo que permite infiltrarse en las esferas políticas, y controlar las decisiones relacionadas a garantizar la salud social y la convivencia armónica de los individuos.
- 4.- Todo esto en su conjunto debilita al estado de derecho que las leyes imponen, porque ahora se hace valer la voluntad de unos cuantos individuos dedicados a cometer actos ilícitos, en perjuicio de la colectividad, que ve afectados sus bienes jurídicos, que se supone la ley protege.

5.- Estos grupos delictivos, donde el accionar criminal es de una forma de vida, se han vuelto complejos, y han dado lugar a la creación de nuevos grupos delictivos, más violentos y sofisticados que se han adaptado a las formas modernas de vida de las sociedades del mundo, aprovechando las ventajas de la tecnología, a la que con recursos suficientes se puede tener acceso.

6.- La autoridad, como ente creado por el Estado para velar por el estricto cumplimiento de los valores contenidos en las leyes, en gran medida pudo contener el embate de las bandas organizadas, combatiéndolas con acciones convencionales, tales como tipos penales básicos como el de Asociación Delictuosa, contenidos en el Código Penal y que fue adoptado por otros Estados de la República.

7.- Sin embargo en lo que va de las últimas tres décadas la tendencia criminal ha aumentado en una proporción descontrolada, superando la capacidad que poseen las autoridades para detenerlas.

8.- El desmedido crecimiento de la criminalidad en México dio como consecuencia que el 7 de noviembre de 1996 se promulgara la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como resultado de una búsqueda desesperada de elementos que proporcionarán una eficaz lucha en contra de tal fenómeno.

9.- La LFDO dio un giro de 180° a la política criminal y al sistema de procuración y administración de justicia de este país, pues incorpora elementos y prácticas no antes usadas por las autoridades, derribando barreras y principios que estaban en práctica hasta entonces.

10.- Es un Ordenamiento Jurídico, que conforma un ambicioso proyecto, que

trata de emular las costumbres y usos tanto anglosajones, como europeos y asiáticos, en el combate a la Delincuencia Organizada, en donde existen leyes similares pero que están basadas en principios diferentes a los que se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna.

11.- Como ejemplo de lo que hablamos tomamos al aseguramiento de bienes, que decreta la autoridad ministerial con la aprobación del juez que conoce de la causa, analizando su naturaleza y los elementos que lo componen, pero que de ninguna manera es la única práctica que cuestionamos en este trabajo, pero que nos permite darnos cuenta de la dirección que está tomando la Política Criminal en México.

12.- La LFDO vincula estrechamente al aseguramiento con argumentos tales como los indicios y la presunción, lo que le sirve de fundamento para realizarse dicha medida cautelar.

13.- Este vínculo entre el uso de los indicios y la presunción junto a la realización del aseguramiento nos obligó a detenernos a determinar que son los indicios y que es la presunción, donde nos dimos cuenta que existen graves confusiones y omisiones al respecto dentro de los Códigos Procedimentales tanto Federal, como del Distrito.

14.- Estos errores y omisiones, no permitirán establecer un ambiente de certidumbre, puesto que los términos no se encuentran bien definidos o son confundidos unos con otros.

15.- Si se van a crear nuevos cuerpos de leyes, deben de ser apegados a la mentalidad y costumbres de un pueblo como el Mexicano, y no a semejanza de usos y costumbres ajenos, con los cuales no compartimos elementos en común, y por lo tanto al pretender aplicarlos a la legislación nacional sólo conseguimos leyes híbridas, que al paso del tiempo, dejan de funcionar.

16.- De igual manera se agrava más la situación al retornar a los términos de Cuerpo del Delito y Media Aritmética, puesto que con ello se comprobó que no existe un real entendimiento de los mismos y por ello hay un grave desfazamiento entre la autoridad investigadora y la juzgadora. Esto se vio evidenciada en los pliegos de consignación que en innumerables ocasiones han sido rechazados por parte de los Jueces al adolecer de defectos e imprecisiones.

17.- Se vislumbra un futuro incierto para del Derecho Penal mexicano a manos de una política criminal que no sigue un camino definido, sino por el contrario es de carácter ambulante y que va de una filosofía a otra y de teoría en teoría, en perjuicio siempre de los gobernados y ante la impotencia de los juristas que sólo ven pasar reformas sin un punto preciso, sin solidez en principios legales, plenamente aceptados y universalmente conocidos.

BIBLIOGRAFIA BASICA

CRIMINOLOGIA

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS.
EDITORIAL PORRUA, 1994. D.F.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA
ESTRICHE, JOAQUIN.
EDITORIAL PORRUA, 1979. TOMO I

INSTRUMENTOS JURIDICOS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL,
PODER JUDICIAL FEDERAL-UNAM,
SENADO DE LA REPUBLICA. LVI LEGISLATURA, 1997.

PROGRAMA DE DERECHO PENAL
HERNANDEZ PLIEGO, JULIO
EDITORIAL PORRUA, 1ª. EDICION, 1997

DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA
GOLDSTEIN, RAUL.
EDITORIAL ASTREA, 3ª. EDICION, BUENOS AIRES, ARGENTINA 1993.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
EDITORIAL PORRUA-UNAM, MEXICO, 1995 TOMOS I-II-III.
EL COMBATE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN FRANCIA Y EN LA
UNION EUROPEA.
ANTONY, SERGEI Y RIPOLL, DANIEL.
P.G.R.- SERVICIOS DE COOPERACION TECNICA INTERNACIONAL DE LA
POLICIA FRANCESA, MEXICO, 1992, 2ª. EDICION, JULIO 1995.

LA JUSTICIA MEXICANA HACIA EL SIGLO XXI.
EDICIONES UNAM-SENADO DE LA REPUBLICA, LVI . LEGISLATURA,
MEXICO, 1997, SERIE G, ESTUDIOS DOCTRINALES.

PROGRAMA NACIONAL PARA EL COMBATE A LAS DROGAS.
CENTRO NACIONAL PARA EL CONTROL DE DROGAS, P.G.R.
MEXICO, 1996.

DICCIONARIO DE DERECHO
PINA Y VARA, RAFAEL,
EDITORIAL PORRUA, 1997.

REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA
P.G.R., NUEVA EPOCA, No. 2, MEXICO, 1998.

DELINCUENCIA ORGANIZADA
GARCIA RAMIREZ, SERGIO.
EDITORIAL PORRUA-UNAM, MEXICO 1997,
1ª. EDICION.

DIARIO DE LOS DEBATES DEL SENADO DE LA
REPUBLICA
No. 2 Y 11, MEXICO, 19 DE MARZO DE 196 Y 15 DE OCTUBRE DE 1996.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL
DIAZ DE LEON SAGAHON, MARCO ANTONIO
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994.

TRATADO SOBRE LAS PRUEBAS PENALES
DIAZ DE LEON SAGAHON, MARCO ANTONIO,
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1995.

EL CODIGO PENAL COMENTADO
GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO,
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996

DERECHO PROCESAL PENAL
SILVA SILVA , JORGE ALBERTO,
EDITORIAL HARLA, MEXICO 1996.

NUSTRA CONSTITUCION
INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS SOBRE LA
REVOLUCION MEXICANA, TOMO 9
MEXICO 1994.

LOGICA, INTRODUCCION A LA FILOSOFIA Y A LA CIENCIA
ORTEGA, ESTEBAN.
EDITORIAL DIANA, MEXICO, D.F. 1993.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
EDITORIAL PORRUA, 123°. EDICION MEXICO 1999.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE
FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE
FUERON FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA, 58°. EDICION, MEXICO 1999.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1999.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
DISTRITO FEDERAL
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1999.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, 7 DE NOVIEMBRE DE 1996.