

CAPÍTULO TERCERO

REGLAS ESPECIALES DE PROCESAMIENTO EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

I. VISIÓN DE LA REFORMA EN MATERIA DE DO A LA LUZ DEL SPA

Bajo la óptica de que “la delincuencia organizada es un grave problema para la seguridad pública y nacional, porque ha incrementado su capacidad para desafiar al Estado, rebasando sus fronteras y multiplicando sus efectos destructivos en contra de la sociedad”,¹ la reforma constitucional “fue concebida para fortalecer la constitucionalidad” de la LFCDO, y con ello, “reafirmar los instrumentos que ella establece para combatirla”,² pues “la sociedad amenazada por la violencia y el delito se niega a creer que el derecho penal sea la carta magna del delincuente”,³ por lo que “la idea es lograr un eficaz y eficiente (el máximo resultado con el mínimo de gastos) combate a un grave

¹ Infante González, Indalfer, *Prólogo*, Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, México, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, 2009, p. 19.

² Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, Alejandro E., *Crimen organizado, realidad jurídica y herramientas de investigación*, México, Porrúa, 2010, p. 44. Así como Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Prólogo*, Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2009, p. 24. “La legitimación constitucional de los temas vinculados con la delincuencia organizada, así como el control federal de la misma”.

³ Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, México, núm. 6 Instituto de la Judicatura Federal, 2009, p. 218.

28 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

problema que no se puede erradicar si no con el sacrificio de ciertos derechos humanos”.⁴

La idea se centra en que “las reformas establecen ciertas medidas que limitan los derechos considerados básicos de los gobernados sujetos a procedimiento penal, acotan las garantías de los sujetos a quienes se imputa una vinculación con el crimen organizado; ello se trata de justificar de manera teórica priorizando la garantía de seguridad de los ciudadanos indefensos ante la criminalidad omnipresente”⁵, adoptando con ello un “derecho especial (también conocido como derecho de excepción, derecho de acotamiento, derecho de emergencia y derecho contra el enemigo) para la delincuencia organizada”.⁶

Una visión distinta se basa en el argumento de que no se trata de un régimen de excepción, sino un modelo diferenciado y especial, expresión de un derecho penal modular que busca el “balance de los intereses en conflicto”, sobre todo cuando se tienen en consideración que todos ellos cuentan con una “cobertura constitucional”.⁷

⁴ Martínez Cisneros, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, cit., p. 9.

⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁶ Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 237. En contra de esta medida político criminal señala: “El Estado no puede ser más violento e indeseable que aquello que condena (la delincuencia organizada), debe actuar bajo el marco de racionalidad, sin arrebatar a nadie su condición de persona, sin que ello impida establecer una legislación eficiente contra el crimen organizado. La legitimidad del sistema penal se mide por capacidad de alcanzar finalidades protectoras en razón de disminuir la delincuencia cumpliendo con los fines de garantía formal y material, sin traspasar los límites del Estado de derecho”. En este mismo sentido véase Góngora y Santoyo: “En el ámbito del combate a la delincuencia organizada, se crea un régimen de excepción en la materia”, traspasar los límites del Estado de derecho, p. 302. Así como Martínez: “es la que motivó al legislador a crear lo que algunos denominan “régimen excepcional de derecho penal” Martínez Cisneros, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, cit., p. 7.

⁷ “En consecuencia, el legislador italiano, movido por la premisa de especialidad del fenómeno criminal, ha constituido un sistema de “legislación diferenciada” para distintos fenómenos criminales, lo cual difiere de la legislación excepcional. Mientras que esta última es llamada “excepcional” porque inserta

Cualquiera que sea la postura que se adopte, es imperioso que se defina cuál es la relación de observancia, respeto y excepción entre el modelo procesal penal acusatorio y el modelo procesal penal para la delincuencia organizada,⁸ sobre todo si no se pierde de vista que en México, la violencia que se vive es muy similar a la situación que se vivió en Italia durante finales de los ochenta y principios de los noventa:

excepciones a los principios generales del sistema, y a veces hasta de principios constitucionales ..., el derecho penal o es más un derecho penal único, sino un “derecho penal modular”, un “sistema penal” al interior del cual conviven varios subsistemas normativos, fundado por lo tanto en una legislación diferenciada. Uno de estos subsistemas es precisamente el subsistema del “derecho penal de la delincuencia organizada”, el cual reúne ciertas necesidades específicas de política criminal, y donde el balance de los intereses en conflicto, posiblemente todos con cobertura constitucional, son resueltos de modo diferenciado en comparación con otros subsistemas normativos”. Ingroia, Antonio, “Los instrumentos de investigación antimafia en la legislación italiana: el arrepentido y la intervención de comunicaciones”, *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*, Quintero María Eloisa (coord.), México, INACIPE, 2010, pp. 17 y 18.

⁸ Sobre este punto, Góngora sostiene que: “...el proceso acusatorio permite adoptar más ágilmente todas las medidas recomendadas por la convención Internacional para el combate a la Delincuencia Organizada Transnacional..., entre otras medidas las entregas vigiladas, la ampliación de los plazos de prescripción, la inmunidad de informantes que conduzcan a la captura, procesamiento y condena de quienes ocupen puestos de administración o dirección en ese tipo de organizaciones criminales, y medidas para la efectiva protección de las víctimas”, Góngora Pimentel, y Santoyo Castro, *Crimen organizado...*, cit., p. 304. No obstante que expresa que “...el juicio acusatorio no es propiamente un instrumento para perseguir a la delincuencia organizada”, p. 301. En tanto que Meza señala: “También es importante señalar que, por sus características, un proceso acusatorio permite adoptar más ágilmente todas las medidas recomendadas por la Convención Internacional para el combate a la delincuencia organizada transnacional, también conocida como Convención de Palermo, entre otras medidas se citan: las entregas vigiladas, la ampliación de los plazos de prescripción, la inmunidad de informantes que conduzcan a la captura, procesamiento y condena de quienes ocupen puestos de administración o dirección de este tipo de organizaciones criminales, y medidas para la efectiva protección de las víctimas”, véase Meza Fonseca, Emma, “Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009.

30 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

...en marzo de 1987, algunos días después de la presentación oficial del proyecto premilitar (*scil.* del código de procedimientos penales que adoptara el sistema acusatorio en Italia), el grupo terrorista de las “Brigadas Rojas” secuestró al diputado Aldo Moro, presidente de la Democracia Cristiana. Se manifestaba en este momento la fase más aguda de la lucha armada contra el Estado y, por lo tanto, en una situación de este tipo la introducción de un proceso más garantizador no parecía razonable.⁹

Tal situación, lleva al legislador a adoptar ciertas medidas procesales especiales para afrontar el problema, permitiendo una flexibilización de los postulados del SPA. Sferlazza ilustra esta situación:

No obstante tales situaciones hipotéticas, en la realidad no necesariamente se presentan, por lo que “si la disciplina del proceso penal no previese algunas excepciones a los principios de oralidad e inmediatez, se plantearían situaciones en las cuales no sería posible verificar el hecho del delito”.¹⁰

Por ello, al momento de diseñar el modelo normativo que debe ser aplicable debe tenerse en cuenta esto, a fin de no caer en el error de regular principios a ultranza que no tengan eficacia al momento de su aplicación, “un proceso completamente oral es una utopía que se podría llevar a cabo sólo a un costo social altísimo”,¹¹ por lo que el sistema inquisitorio al aplicar métodos menos garantistas “es capaz de contrarrestar y erradicar las más peligrosas y aguerridas organizaciones criminales”, debiendo tener muy presente “las desventajas que pueden derivar del sistema acusatorio, principalmente en los países con una alta tasa de criminalidad y, en particular, en aquellos en los cuales es mayor la presencia de fuertes organizaciones criminales”.¹²

⁹ Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara/CEPOLCRIM/*Aquesta terra*, México, núm. 31, 2011, pp. 56 y 57.

¹⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹¹ *Idem*.

¹² El inconveniente está en el hecho de que el sistema inquisitivo “no garantiza suficientemente el riesgo de que sea condenado un inocente; pero sobre

En consecuencia, “es necesario introducir moderaciones adecuadas respecto a un modelo acusatorio de tipo puro”.¹³

En otro sentido, no es cierto que un sistema poco garantista sea más eficaz para lograr los objetivos de seguridad ciudadana; eso lo hemos estado constatando, aunque no queramos admitirlo, en nuestro territorio nacional casi a diario.

...no parece ser posible en principio atribuir a los problemas de eficiencia el exceso de garantías, consecuentemente no parece lógico presumir que cualquier avance en la eficiencia del sistema va a ser a costa de un retroceso en las garantías en un contexto tan deteriorado como el de nuestros países pareciera ser que es perfectamente posible avanzar paralelamente y al mismo tiempo tanto en el mejoramiento de las garantías como en el mejoramiento de la eficacia. Esta posibilidad tiene que ver con la construcción de sistemas racionalmente organizados, esto es, con ministerios públicos, tribunales, defensa pública y agencias policiales que cumplan con sus funciones razonablemente.¹⁴

II. EXCEPCIONES DE LA DO ANTE EL SPA

1. *Arraigo*

Artículo 16, § octavo

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de

todo permite al poder político utilizar el proceso penal como “instrumento” para limitar la libertad de los ciudadanos y condicionarlos a la aceptación. Bajo este perfil, el sistema acusatorio es más respetuoso de los derechos fundamentales, pero, sobre todo, le dificulta en mayor grado al poder político el manipular los hechos y construir la verdad de Estado”. Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio*, cit., p. 65.

¹³ *Ibidem*, p. 66.

¹⁴ Martínez Cisneros, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, cit., p. 3.

32 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

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

Se trata de una figura muy polémica, al grado que durante mucho tiempo la doctrina mayoritaria, casi en su totalidad (entre la que me incluía) había sostenido su desapego al texto constitucional, lo que generaba un consenso entorno a ella, pero en lo que no existía concordancia, era en la utilidad de la figura, en su necesidad y por consiguiente en la posibilidad de regularla a nivel constitucional.

Debo partir por reconocer que me inscribo dentro de los que sostienen su utilidad (lo he hecho desde hace ya algunos años) para casos extremos como el de DO.¹⁵

¹⁵ “Mucho se ha dicho respecto de la figura del arraigo, pero en este plano de estudio importan básicamente dos aspectos: su anticonstitucionalidad —con la cual se coincide— y su eficacia —misma que ha sido objeto de cuestionamientos serios—.

El caso es que las instituciones ministeriales han defendido esta figura bajo el argumento de que es un mecanismo de investigación eficaz que contribuye a la mitigación de la impunidad por el hecho de que, el individuo no se sustrae a la acción de la justicia.

Bajo esta perspectiva, y tomando en consideración que derivado de una acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado respecto de su falta de previsión en la Constitución, resulta por demás indispensable su reconocimiento a este nivel para el caso de la DO, véase Alvarado Martínez, Israel y Guillén López, Germán, “Consideraciones político-criminológicas...”, *cit.* En este tenor es muy ilustrativo la opinión de la ministra Margarita Luna Ramos contenida en la versión taquigráfica de la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 19 de septiembre de 2005, citado por Andrade Salvatierra, Eduardo, “Otorgar nivel constitucional al arraigo domiciliario”, en *65 propuestas para modernizar el sistema penal en México*, Gerardo Laveaga (coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006. “...en todo caso es preferible reformar la Constitución para establecer dentro de ella, la posibilidad de que exista un

Ahora, la discusión se ha superado¹⁶ y no queda más que acatar el mandato del Constituyente que regula esta figura, pero exclusivamente para casos de DO y con estricto apego al texto constitucional, esto es:

- 1) Sólo podrá decretarse por autoridad judicial.
- 2) Debe solicitarse por el MP.
- 3) Debe tratarse de DO.
- 4) Deberán constar las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale.
- 5) No deberá exceder de 80 días [incluida(s) la(s) prórroga(s), siempre que el MP acredite que subsisten las causas que le dieron origen], y
- 6) Sólo cuando sea necesario para:
 - a) El éxito de la investigación.
 - b) La protección de personas o bienes jurídicos.
 - c) Cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Como se dijo, la discusión se ha superado y se debe acatar el mandato del Constituyente, pero esto no significa que se deje de reconocer que se está en presencia de una figura procesal que se contrapone con el SPA,¹⁷ específicamente con dos: la *presunción de inocencia* y los límites a la *prisión preventiva*.

arraigo constitucionalmente aceptado, o bien, acudir a otro tipo de medios de carácter tecnológico como collares o cosas de estas que de alguna manera establecen la posibilidad de tener localizado al individuo sin necesidad de tenerlo privado de su libertad”.

¹⁶ “En el tema del arraigo se establece una reforma con el fin de incluir dicha figura en la carta magna, exclusivamente para casos de delincuencia organizada, con la cual el juez fijará el lugar y las condiciones de su ejecución; con ello, se deja atrás la discusión sobre si es o no constitucional el arraigo”, véase Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, Alejandro E., *Crimen organizado...*, cit., p. 44.

¹⁷ En este sentido, véase Martínez Cisneros, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, cit., p. 8. “En la Constitución Política de nuestro país se

34 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

No es sino hasta el dictado de la sentencia que al imputado se le deja de considerar como inocente, pues de lo contrario, existe en su contra una presunción de responsabilidad, y con esta figura del arraigo, de inicio el Estado dirige en contra de una persona la fuerza de una medida cautelar que no observa los requisitos constitucionales (claro está, amparado por una norma constitucional de idéntico valor), presumiendo que es responsable y que por tanto, debe privarlo de la libertad precautoriamente.

Sostengo que deja de observarse el presupuesto de los *límites a la prisión preventiva* no porque lo sea, sino porque aplicando una interpretación *ad maius*, si lo que se prohíbe es limitar la prisión preventiva, que acontece cuando se han colmado ciertos requisitos como *extrema ratio*, a fin de que no se le sancione anticipadamente de manera provisional; con mayor razón debería implicar la no privación de la libertad cuando el material probatorio es tan escaso que ni siquiera puede dictarse un auto de sujeción a proceso por la supuesta intervención de un individuo en un delito determinado.

2) *Duplicidad del plazo constitucional para retener a una persona*

Artículo 16, § décimo

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

incluyeron medidas indiscutiblemente singulares dirigidas para enjuiciar a los probables miembros del crimen organizado, verbigracia: el arraigo; la prisión preventiva oficiosa en centros especiales con restricciones y controles de vigilancia extremos; la limitación, en ciertos casos, de información para el acusado y su defensor para una adecuada defensa; la existencia de beneficios para quienes colaboren en la investigación y persecución de delitos de delincuencia organizada y la validez como pruebas de las actuaciones realizadas en la fase de investigación, que en términos normales del modelo acusatorio deberían ser nulas”.

Uno de los derechos fundamentales más preciados —según el sistema de ponderación y jerarquización de bienes jurídicos— en el sistema jurídico penal mexicano es sin duda el de la libertad deambulatoria (de libre tránsito o circulación), por virtud de la cual, a los gobernados se les debe permitir circular libremente por el territorio del estado, sin que dicha libertad pueda restringirse salvo por los casos extremos, pero concretos establecidos de manera textual por la *Constitución General de la República*.

De esta manera, el Constituyente reguló sólo cinco casos en los que a un individuo se le puede privar de esa libertad a cargo de las autoridades con estricto apego al orden constitucional: 1) La suspensión de “garantías”, 2) la aprehensión, 3) la flagrancia, 4) el caso urgente, y 5) el arraigo.

Pero aun en estos casos, el legislador constitucional estableció límites y requisitos. En el caso que nos ocupa, el agente del MP puede retener a un imputado hasta por 48 horas (como regla general) en los casos de que sea puesto a su disposición por existir delito flagrante, o bien, porque aquel mismo determine bajo su responsabilidad, ordenar su detención, por tratarse de un caso urgente.

En virtud de múltiples compromisos internacionales, pero principalmente en términos de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,¹⁸ así como de la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada,¹⁹ el Estado mexicano se vio en la necesidad de regular la figura de la delincuencia organizada (DO) y darle un tratamiento distinto y muy peculiar, para lo que se presentó como necesario ampliar las facultades del MP a fin de que pudiera desarrollar un papel más eficaz.

Así, se dijo que ese plazo constitucional de las 48 horas referidas con las que contaba el MP en la averiguación previa, serían

¹⁸ Mejor conocida como la *Convención de Viena*, Viena, Austria 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988. Naciones Unidas. “*Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”. E/CONF.82/15. Viena, 1988.

¹⁹ Nápoles, Italia 21 al 23 de noviembre de 1994.

36 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

insuficientes para el caso de la DO, por lo que se hacía necesaria una reforma a la Constitución, a fin de que ésta reconociera dicha facultad ministerial.

Fue así como en consecuencia se presentó un proyecto de reformas al artículo 16 constitucional ante la Cámara de Diputados como cámara de origen el 30 de junio de 1993, y se aprobó el 28 de agosto del mismo año una reforma que permitía la duplicidad de ese plazo constitucional de las 48 horas sólo para el caso de la figura de la DO, la cual se publicó el 3 de septiembre de este año en el DOF.

De esta manera, absolutamente excepcional, nuestro Constituyente permitió una forma tan intrusiva de control estatal para el caso exclusivo de la DO.

Hacerlo de otro modo, es decir, facultar al MP federal o local para que cuente con 96 para integrar la averiguación previa, fuera de los casos concretos de la DO, sería actuar en abierta contraposición con el precepto constitucional señalado, como sucedió en Chiapas.²⁰

La consecuencia de la inobservancia de tal precepto constitucional, ya sea porque se extienda su ámbito de aplicación a otras figuras delictivas distintas a la DO o, porque no existan datos que permitan

²⁰ El legislador chiapaneco dispuso en su momento la duplicidad del plazo constitucional no sólo en el caso de DO, sino en *34 supuestos más*: homicidio por culpa grave, homicidio, procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética; tráfico de menores, privación ilegal de la libertad, secuestro, asalto, violación, robo, abigeato, extorsión, fraude, despojo, tortura, contra la seguridad de la propiedad y la posesión de inmuebles y límites de crecimientos de los centros de población, desaparición forzada de personas, corrupción de niños, niñas o adolescentes; pornografía infantil, lenocinio, delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado, conspiración, sedición y motín; evasión de presos, atentados contra la paz y la integridad corporal y patrimonial de la colectividad y del Estado; asociación delictuosa y pandillismo; ataques a las vías de comunicación, abuso de autoridad y delitos cometidos en la procuración y administración de justicia; intimidación, revelación de secretos, delitos en materia sanitaria, contra el saneamiento del ambiente y la ecología del estado y operaciones con recursos de procedencia ilícita, véase Alvarado Martínez, Israel, “La duplicidad del plazo constitucional en averiguación previa. ¿Facultad ministerial o abuso de autoridad en Chiapas?”, *Pholio*, núm. 001, noviembre 2006.

considerar que existía una asociación de tipo mafioso, no obstante, se duplicó el plazo ministerial, dejando sin valor las declaraciones rendidas ante el órgano acusado. En este sentido se han manifestado los tribunales de control constitucional en México:

CONSIGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES. DUPLICIDAD DEL TÉRMINO PARA LA. El artículo 16 constitucional reformado, establece el plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido, el cual podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. En concordancia, el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales define la delincuencia organizada, al señalar que se actualiza cuando tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos previstos en la ley sustantiva penal que ahí enumera. La correcta interpretación de los preceptos citados, lleva a concluir que en principio corresponde al Ministerio Público, al momento de realizar su función de persecución e investigación de los delitos, en la averiguación previa que realiza y de acuerdo a los datos que hubiere recabado, estimar si es procedente o no la duplicidad del término para efectuar la consignación de los indiciados, por reunirse al menos de forma presuntiva los requisitos que establece el artículo 194 bis del citado Código Federal de Procedimientos Penales; facultad que no debe ser ejercida en forma arbitraria y con menoscabo de los derechos constitucionales de los detenidos, por cuyo motivo corresponderá al órgano jurisdiccional al momento de valorar las pruebas y resolver sobre la situación jurídica de los procesados, determinar si fue legal o no la aplicación de la ley que autoriza la duplicidad o ampliación del término para consignar y, consecuentemente, si procedía legalmente aplicar o no lo dispuesto por el penúltimo párrafo del diverso artículo 134 de la codificación adjetiva penal en comento. La sanción en caso de error, sería dejar sin valor las declaraciones rendidas ante el órgano acusador.²¹

²¹ Tesis XVI.2o.2 P, de la 9a. Época, sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, visible en la página 487, parte II, agosto de 1995 del SJF y su Gaceta. Debe entenderse que, cuando se refiere a que “la sanción en caso de error será el dejar sin valor las declaraciones”, esto se debe en-

38 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Creo que al igual que el arraigo, este precepto colisiona con el SPA en el sentido que es una variante de la violación a la presunción de inocencia que, siendo mucho menos grave —sólo se amplían dos días— el arraigo que de facto amplía la prisión preventiva hasta 80 días, es uno de los tantos “baches” en la nueva “pista” del sistema acusatorio.

3) *Intervención de comunicaciones privadas (escuchas)*

Artículo 16, §§ duodécimo al décimo quinto

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá

tender referido a la valoración de pruebas y no a las responsabilidades del agente del MP, siendo incluso aplicable no sólo a las declaraciones, sino a todo lo demás actuado después de las 48 horas que tenía permitidas, según lo entiendo.

existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Debo iniciar por decir que, no obstante que estos preceptos constitucionales no se refieren expresamente a la figura de la DO, de una interpretación tanto histórica como teleológica e integral, no queda duda de que tal regulación está directamente encaminada a facilitar la investigación de la DO a cargo de las autoridades ministeriales y policiales federales, dirigidas y supervisadas por el Poder Judicial de la Federación, además de las ministeriales locales para casos que no son de DO, pero que en sus orígenes tenían la misma visión de combate al crimen organizado.

Desde la perspectiva histórica, basta con realizar un estudio retrospectivo de la figura de la intervención de comunicaciones para que quede completamente claro cuál ha sido la intención tanto del legislador federal como del Constituyente respecto de la regulación de la misma en aquella primera reforma constitucional que introdujo la figura de la DO y la intervención de comunicaciones privadas.

Cuando el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores la iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, presentó una propuesta respecto de la figura de la intervención de las comunicaciones que presentaba dos características que vale la pena resaltar más adelante.

Naturalmente que la introducción de una figura como ésta, requería no sólo de la creación de una norma legal que la contuviera, además era forzoso que tuviera un “sustento constitucional”, por lo que además, se debería replantear el contenido del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al respecto se estableció en la iniciativa:

“En efecto, por lo que hace a la intervención de comunicaciones telefónicas y otros medios similares,... [existen quienes piensan que] vulnera derechos fundamentales y, por ello, se contrapone a la Cons-

40 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

titución. ...vulneraría garantías constitucionales como es la “intimidad”, o “vida privada” de las personas..., proponemos adicionar un párrafo noveno al artículo 16 de la Constitución, para regular precisamente lo que se conoce como intervenciones de medios de comunicación privada como la telefonía telegráfica o radiotelefonía, o a través de la colocación secreta de aparatos de registro ambiental”.

Por otro lado, recuérdese que la Convención de Palermo señala como un medio adecuado para combatir eficazmente la delincuencia organizada la figura de la vigilancia electrónica.²²

Con el nuevo texto constitucional se incorporó la posibilidad de que ahora pueda hacerse uso de los registros de comunicaciones privadas cuando estos sean aportados por alguno de los particulares que intervengan en ellas, manteniendo además la regulación anterior de la solicitud de ciertas autoridades ante los juzgadores federales cuando no existe el aludido consentimiento de alguno de los intervinientes.

De conformidad con el artículo 16, § duodécimo, son útiles los registros de las comunicaciones privadas sin autorización judicial cuando: 1) sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas,²³ y 2) no violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

²² Según el artículo 20, punto 1 de la CoPa “Artículo 20. Técnicas especiales de investigación. 1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

²³ El Dictamen que elaboró la Cámara de Senadores (del 15 de octubre de 1996) como Cámara de Origen respecto de la iniciativa de ley en comento, dispuso en el punto 7 de las “Valoraciones Particulares” que la simple autorización de uno de los que participaran en las comunicaciones que habrían de ser intervenidas, no era suficiente, deberían estar supeditadas a la decisión de los jueces, “salvaguardando de esta manera, además de los derechos fundamentales de la persona humana, las reglas esenciales del procedimiento”, véase

En estos casos el juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito, permitiendo un sistema de valoración libre de la prueba para esta figura.

Por su parte, el artículo 16, §§ décimo tercero al décimo quinto regula la intervención de comunicaciones privadas cuando son *a solicitud de la autoridad facultada*, la cual deberá ceñirse a los siguientes supuestos:

- 1) En materia federal sólo puede hacer la petición la autoridad que faculte la ley.²⁴

Dictamen. “7. ... Cuando la reforma constitucional correspondiente se discutió los argumentos en pro y en contra abundaron..., hemos considerado necesario supeditar las solicitudes de intervención de las comunicaciones privadas a la decisión de nuestros jueces. El carácter excepcional de las normas jurídicas en discusión no autorizan el atropello de nuestra carta magna”.

Con estas valoraciones, no sólo se dispuso la obligación de que sea la autoridad judicial federal la única facultada para autorizar las intervenciones de comunicaciones, sino que además, el documento reconoció de manera expresa la existencia de la garantía de “privacía de las comunicaciones privadas”, según lo establecido en el punto número 44 de la siguiente manera: “44. No es pequeño y sí muy necesario el esfuerzo que estas comisiones unidas han hecho para garantizar que este instrumento de investigación, de carácter excepcional que es la interferencia de las comunicaciones y que hoy se propone regular, no vulnere la garantía individual, de reciente expresión constitucional, de privacía de las comunicaciones privadas”.

No debe pasar desapercibido el hecho de que esa valoración del Senado (de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos Primera Sección y la de Justicia) respecto de la existencia de dicha garantía, no sólo es una interpretación del legislador secundario, sino que se trata de la interpretación de una sección del mismo poder Constituyente, pues de la misma manera se manifestó esa tribuna federal en su calidad de miembro del Constituyente en el documento elaborado a manera de exposición de motivos presentado el 19 de marzo de 1996 como Iniciativa del Ejecutivo y el Legislativo ante el Senado en su carácter de Cámara de origen, la cual elaborara el Dictamen respectivo reconociendo las valoraciones de la iniciativa respecto de la garantía que se presentaba —erróneamente, por cierto —como “novedad”: la “intimidad”, o la “vida privada” de las personas.

²⁴ Es importante resaltar dos situaciones respecto de este requisito. La primera es referente a la libertad que el Constituyente otorgó al legislador federal

42 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

- 2) En el fuero común, la solicitud sólo la podrá realizar el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente.²⁵

secundario pues, a diferencia de la solicitud de intervención de comunicaciones a cargo de las autoridades federales, no se dispuso en la Constitución cuál es la autoridad que tenga facultades para realizar la petición (para las entidades federales señaló tajantemente que sólo los titulares del Ministerio Público se encuentran facultados), pudiendo ser “cualquiera”, siempre que esté señalada por la ley. En este caso, cuatro son las leyes federales que permiten realizar intervenciones comunicativas:

1) La Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LGSe, artículos 24, 25 y 43, fracción XI);

2) La Ley de la Policía Federal (LPF, artículo 8o., fracciones XXVIII y XXIX y 48 al 55);

3) La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR art. 8o., § segundo y 16 al 28, con relación a los artículo 4o., fracción I, apartado A), inciso h) y 4o., fracción I, apartado B), inciso e), y 15, § segundo del RLOPGR), pues la LFCDO no establece cuál será en concreto la autoridad facultada para ello, y

4) La Ley de Seguridad Nacional, aunque esta nada tiene que ver con la comisión de delitos de manera directa.

En el proyecto de CFPP de corte acusatorio que enviara el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados se prevé en un artículo 344 que el procurador general de la República o los servidores públicos a quienes delegue la facultad podrán solicitar por escrito o por cualquier medio informático al juez competente la solicitud de intervención y será la policía facultada la responsable de la ejecución:

“Artículo 334. Intervención de las comunicaciones privadas

Cuando en la investigación, el Procurador general de la República o los servidores públicos a quienes delegue la facultad, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas y existan datos que establezcan que el imputado cometió o participó en la comisión del delito que se investiga, lo solicitarán por escrito o por cualquier medio informático al juez competente, expresando el objeto y necesidad de la intervención.

[...]

La policía facultada para la ejecución será responsable de que la misma se realice en los términos de la autorización judicial y podrá participar perito calificado en caso de ser necesario”.

Véase Ejecutivo Federal, “Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales”, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI Legislatura, año XIV, Palacio Legislativo de San Lázaro, 22 de septiembre de 2011, núm. 3353-II.

²⁵ A diferencia de la regulación para las autoridades federales, en el caso de las del orden común no fue voluntad del Constituyente permitir al legislador

- 3) La autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además:
 - a) El tipo de intervención.
 - b) Los sujetos de la misma.
 - c) Su duración.
- 4) Exclusivamente puede ser autorizada por los jueces de control del orden federal.
- 5) La solicitud deberá ser resuelta en forma inmediata, y por cualquier medio.
- 6) La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter:
 - a) Electoral
 - b) Fiscal
 - c) Mercantil

ordinario su instrumentación, por lo que dispuso exclusivamente que, tratándose de las autoridades locales, sólo podrían hacer la petición de intervención de comunicaciones los titulares de los Ministerios Públicos, esto es, los Procuradores, Fiscales Generales o el nombre que la legislación local dé. Por otro lado, resulta necesaria la mención y regulación de estas autoridades pues, a pesar de que la figura de la DO estará reservada para la federación existen dos supuestos en los que las autoridades locales podrán tener intervención:

1) En la investigación de la propia DO en tanto se actualiza el contenido del artículo Sexto transitorio del decreto de 18 de julio 2008 (Artículo Sexto. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.).

2) Actualmente y en el futuro, para todos aquellos casos en los que no siendo DO, las autoridades locales tienen autorización para intervenir comunicaciones cuando investiguen ciertos delitos (actualmente los contenidos en el artículo 50 ter de la LOPJF: “homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos y privación ilegal de la libertad o secuestro, los primeros previstos en el Código Penal Federal y el último en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, o sus equivalentes en las legislaciones penales locales”).

44 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

- d) Civil
 - e) Laboral
 - f) Administrativo
 - g) Ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.
- 7) Procede la autorización de intervención de “cualquier comunicación privada”.²⁶
 - 8) La resolución de autorización deberá garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.
 - 9) Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre los jueces de control y la autoridad competente.
 - 10) Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes secundarias.

Ante este segundo supuesto, el Constituyente tampoco tazó la prueba en sentido positivo, pero señaló que los resultados de las intervenciones que no cumplan con los requisitos señalados en la propia Constitución, carecerán de todo valor probatorio y serán sancionadas penalmente.²⁷

²⁶ En el referido dictamen de la Cámara de Senadores, por lo que se refería al catálogo de formas de intervención, el punto número 9 de las mismas *valoraciones particulares*, proponía “evitar las descripciones casuísticas que contenía la iniciativa, tales como: intervenciones telefónicas, radiotelefónicas, telegráficas; acceso a bancos y sistemas informáticos; aparatos tecnológicos de registro de sonido, voz, imagen o datos, términos que pueden perder actualidad con el paso del tiempo” (*sic*), por lo que se propuso “hacer sólo una mención genérica a la intervención de “comunicaciones privadas” para referirse a las intervenciones a lo largo de todo este texto (*scil.*, el de la LFCDO)”.

²⁷ Un antecedente claro de la falta de observancia de los requisitos constitucionales lo tenemos en el hecho acaecido el miércoles 3 de marzo de 2004, cuando un canal de televisión presentaba a su auditorio un video que contenía las imágenes del que todavía era el coordinador del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática y presidente de la Comisión de Gobierno —ambos cargos dentro de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal—, en el que se encontraba recibiendo una cantidad, todavía imprecisa, de lo que al parecer son dólares, de parte de un empresario. El conductor del programa que reprodujo el video, había recibido la cinta que lo contenía de manos de un di-

No encuentro problema con la regulación de esta figura y la vigencia de los principios del SPA, al contrario, me parece que la existencia de la figura del juez de control o de garantías propio del modelo acusatorio permite operar con mayor respeto de derechos fundamentales este medio intrusivo de investigación.

Góngora y Santoyo al respecto sostienen que “el espíritu del legislativo al concebir el nuevo sistema acusatorio, es dar mayor eficacia y flexibilidad a la persecución de los delitos, pues en un proceso de este tipo, la investigación no está formalizada”.²⁸

La iniciativa del Ejecutivo prevé dos formas diversas de regular cada una de las modalidades de utilización de los registros de comunicaciones privadas.

Para el caso de la aportación de comunicaciones entre particulares no se consideró la necesidad de autorización del juez de control,²⁹

putado federal (mismo que, hay que recordar, no realizó ninguna manifestación respecto a que lo hiciera en su calidad de diputado). A partir de ese momento, una pléyade de imágenes y sonidos, críticas y valoraciones, se fueron presentando de manera ininterrumpida a cargo de los *mass media*.

²⁸ Góngora Pimentel, y Santoyo Castro, *Crimen organizado...*, cit., p. 304.

²⁹ Así lo disponen los artículos 295, fracción VII y 305 de CFPPSPA:

“Artículo 295. — Actuaciones que no requieren autorización del juez de control
No requieren de autorización del juez de control, las siguientes actuaciones de investigación:

VII. La aportación de comunicaciones entre particulares”

“Artículo 305. — Aportación de comunicaciones entre particulares

Las comunicaciones entre particulares podrán ser aportadas voluntariamente a la investigación o al proceso penal, cuando hayan sido obtenidas directamente por alguno de los participantes en la misma.

Las comunicaciones que obtenga alguno de los participantes con apoyo de la autoridad, también podrán ser aportadas a la investigación o al proceso, siempre que conste de manera fehaciente la solicitud previa de apoyo del particular a la autoridad.

Las comunicaciones aportadas por los particulares, deberán estar estrechamente vinculadas con el delito que se investiga, por lo que en ningún caso el juez admitirá comunicaciones que violen el deber de confidencialidad respecto de los sujetos a que se refiere el artículo 382 de este Código, ni la autoridad prestará el apoyo a que se refiere el párrafo anterior cuando se viole dicho deber. No se viola el deber de confidencialidad cuando se cuente con el consentimiento expreso de la persona con quien se guarda dicho deber”.

46 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

por lo que quedará directamente a cargo del Ministerio Público, en tanto que para el caso de la “intervención de comunicaciones privadas y correspondencia”, se trata de una de las actuaciones que requieren autorización previa del juez de control.³⁰

Aun cuando se reconoce que la utilización de estos medios de investigación no atentan contra algún principio propio del SPA, debe señalarse que su empleo implica una flexibilización y relajamiento de derechos fundamentales del individuo investigado, pues se atenta, entre otros, contra los siguientes derechos fundamentales: 1) a la privacidad en las comunicaciones; 2) a la intimidad;³¹ 3) al libre desarrollo de la personalidad, y 4) a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable, entre otros.³²

Si de por sí es un tema polémico la intervención de comunicaciones, más lo es, cuando se argumenta que las modificaciones deben ir encaminadas a modular las restricciones que actualmente existen, sobre todo en materia de comunicaciones del imputado con su defensor,³³ pues en la práctica se ha demostrado que en múltiples ocasiones los abogados que defienden miembros de la DO, también se encuentran involucrados, o son parte de la misma. Por eso, se debe adoptar un régimen de excepción en el que se faculte a las

³⁰ Véase artículo 321, fracción II: “Artículo 321. — Actuaciones que requieren autorización previa del juez de control

Requieren de autorización previa del juez de control, las siguientes actuaciones de investigación:

III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia”;

³¹ Esta visión ha sido recogida en la exposición de motivos de la iniciativa de CFPPSPA, *loc. cit.*, p. 25: “Las prácticas de investigación que requieren autorización judicial serán la intervención de comunicaciones privadas y de correspondencia, ello por tratarse de situaciones y decisiones inherentes a la garantía de protección de la intimidad de las personas”.

³² Véase Alvarado Martínez, Israel y Guillén López, Germán, “Drogas ilícitas: su tipificación penal desde la perspectiva de las ciencias penales”, *Revista Reconstitución de Instituciones*, primera época, año 1, núm. 3, vol. 1, agosto-diciembre de 2011, pp. 64 y 65.

³³ Véase Alvarado Martínez, Israel y Guillén López, Germán, “Consideraciones político-criminológicas...”, *cit.*, p. 127.

autoridades a realizar este tipo de intervenciones cuando exista vinculación del órgano de la defensa con la organización delictiva.³⁴

Dada la premura con la que debe actuar el Ministerio Público en algunos casos excepcionales, resultaría conveniente la autorización al mismo de tomar estas decisiones sin la autorización de la autoridad judicial federal —juez de distrito o magistrado unitario de circuito—, sólo para el caso de la DO y para ningún otro.³⁵

Naturalmente que la medida se entendería como urgente ante supuestos análogos a los de la detención en caso, lo que permite la propia carta magna supeditada a calificación de constitucional y ratificación por las autoridades judiciales y bajo ninguna circunstancia debe entenderse como una restricción de comunicación con su defensor.

Debe resaltarse que:

a menudo la intervención de comunicaciones es un instrumento insuficiente, incompleto, puesto que la intervención por sí sola no bas-

³⁴ Véase Muñoz Conde, Francisco, “La valoración procesal de las grabaciones audiovisuales”, *Iter criminis, Revista de Ciencias Penales del Instituto Nacional de Ciencias Penales*, núm. 7, tercera época, septiembre-octubre 2006, p. 58. La cita que refiere es de un argumento de Bacigalupo: “De un modo general, el Magistrado del TS Enrique Bacigalupo, en una comunicación a la III Reunión del Proyecto Común Europeo de Lucha contra la Criminalidad Organizada, *Programa Falcone E.U.*, celebrada en la sede del Tribunal Supremo de España, 15-18 junio 2000, propone una “regulación del uso de medios técnicos para la interceptación de las comunicaciones privadas”, bastante coincidente con la regulación alemana, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de una lista en la que se especifiquen los delitos en los que cabe adoptar esa medida..., el grado de sospecha requerido respecto a las personas cuyas conversaciones se quiere controlar, excluyendo en principio a las que tengan derecho al secreto profesional (salvo que haya sospechas de que cooperan en el delito)...”.

³⁵ Tal situación se presenta en el modelo italiano, por ejemplo, en el que se permite que en la primera fase de las *indagaciones preliminares* o control de la investigación, el MP lleva a cabo funciones propiamente de investigación y búsqueda de elementos probatorios, así como de identificación del responsable, teniendo atribuciones para ordenar cateos, aseguramientos, intervención de comunicaciones y hasta detenciones, supeditadas al control y/o convalidación del juez de garantías, control o indagaciones preliminares (del sistema italiano).

48 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

ta, debido a que el significado de las frases interceptadas es ambiguo y deben interpretarse, o porque una investigación, sobre todo al inicio, necesita de claves de lectura, de direcciones, de *input*; también con el solo fin de identificar a la persona con una determinada asociación criminal que es más útil intervenir, o el lugar más idóneo para hacer una intervención ambiental, el lugar donde se reúnen los mafiosos y así sucesivamente.³⁶

La idea es contar con una “voz desde adentro” que esté en condiciones de contar la vida interna de la agrupación y complementar la recabada mediante las intervenciones.

4. *Reclusión preventiva y ejecución de sentencias en centros especiales*

Artículo 18, §§ octavo y noveno

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada...

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales...

El nuevo paradigma constitucional en materia penitenciaria se encuentra al amparo de la figura de la reintegración como forma de reinserción, para lo cual el Constituyente previó el derecho fundamental de todo sentenciado de compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio en los casos y condiciones que establezca la ley.

Una de las excepciones a las que se deben someter a los miembros de la DO es ésta, pues para los sentenciados por este delito, así como a quienes se encuentren en reclusión preventiva no opera tal prerrogativa.

³⁶ Véase Ingroia, Antonio, *Los instrumentos...*, *cit.*, p. 19.

Bajo el argumento de las razones de seguridad en las prisiones deberán existir centros especiales de reclusión preventiva y de ejecución de sentencias para miembros de la delincuencia organizada.

En principio, el tipo de centro penitenciario y su ubicación en el que un sentenciado debe cumplir su sentencia,³⁷ puede ser motivo de revisión de una nueva figura que nació con la reforma que se estudia: el juez de ejecución o juez de vigilancia penitenciaria (según sean las atribuciones que se le otorguen en las legislaciones secundarias).³⁸ Es este funcionario judicial quien puede resolver so-

³⁷ Meza se pronuncia en los siguientes términos: “Ahora bien, respecto a la competencia para el conocimiento de los asuntos relacionados con la delincuencia organizada por parte de los jueces federales, debe señalarse que el Consejo de la Judicatura Federal emitió el acuerdo general 21/2008, en el que dotó de competencia a los juzgados de distrito para que conozcan de delitos cometidos en un lugar distinto al de su jurisdicción, por razones de seguridad en las prisiones, con el objetivo de concentrar a las personas sometidas a procesos penales por delincuencia organizada y narcotráfico, en los reclusorios de alta seguridad, reduciendo el número de diligencias por exhorto y el riesgo que implica para la sociedad los traslados de reos peligrosos y así evitar la evasión de los mismos.

...la competencia expresa radica en los juzgados de distrito ubicados dentro del primer, segundo y tercer circuito (Distrito Federal, Estado de México y Colima-Jalisco), así como los juzgados mixtos con residencia en los lugares en los que se encuentre un centro federal de readaptación social de máxima seguridad”, Meza Fonseca, Emma, “*Principio acusatorio...*”, *cit.*, p. 210.

³⁸ Existen varios modelos de control judicial de la *administración penitenciaria*, entre los que destacan tres: 1) a través de los tribunales ordinarios, quienes entran al conocimiento del asunto cuando existe un recurso planteado ante ellos, mismos que deben proceder a instancia de parte y no oficiosamente; 2) mediante los jueces de ejecución de penas, los que despliegan sus competencias en asuntos estrictamente penológicos, tales como acumulación de condena, aprobación de beneficios penitenciarios, permisos de salida y licenciamientos, entre otros, y 3) a través de una jurisdicción especializada, garante de los derechos de los sentenciados, ya sea a través del conocimiento directo del recurso o por el conocimiento directo de la prisión, los que incluso tienen como facultades el poder realizar sugerencias en asuntos eminentemente administrativos, véase García Valdés, C., “Competencias del juez de vigilancia penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias”, *Cuadernos de derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 82-83; así como Beristain, Antonio, *El sistema penitenciario: problemas y soluciones, futura política criminal en las instituciones de readaptación social*, México, 1999, pp. 310 y 311. En México hemos adoptado el segundo modelo,

50 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

bre la duración y modificación de penas, lo que incluye no solamente la aplicación de beneficios penitenciarios tales como la remisión parcial de la pena, sino también el traslado de un centro penitencia-

que ha surgido como una necesidad de mantener un control de legalidad dentro del sistema penitenciario, incorporándose a nuestro sistema jurídico mexicano como un “contralor de derechos de los detenidos y sentenciados”.

La inclusión de esta figura se encuentra dirigida no a variar la estructura penitenciaria sino a garantizar al sentenciado el acceso a la vía judicial/jurisdiccional para reclamar sus derechos, poniendo a su disposición un verdadero instrumento para el control de la legalidad de los actos que le pueden perjudicar, pues, como señala Beristain: “Con sólo la garantía de los recursos administrativos, los derechos fundamentales del preso no quedan suficientemente salvaguardados frente a los eventuales abusos del Poder Ejecutivo que actualmente va invadiendo terrenos que en tiempos pasados le estaban absolutamente prohibidos. Piénsese por ejemplo, en el derecho del preso al trabajo, a la correspondencia epistolar con la familia, en el sencillísimo derecho (llamémoslo así) a fumar o a leer, o en otros verdaderos derechos elementales de las personas”.

La naturaleza de órgano judicial especializado —en razón a la especificidad de la materia que constituye el objeto de su competencia jurisdiccional— exige una verdadera especialización adicional del juez tradicional, pues la naturaleza misma de los temas a resolver exige un perfil judicial transdisciplinar, en el que la formación en las ciencias criminológicas, antropológicas y victimológicas, así como en ciencias de la conducta y dinámicas de integración comunitaria, véase Subijana Zunzunegui, Ignacio José, “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, disponible en <http://criminol.ugr.es/recpc> _ ISSN 1695-0194, consultada 25 de febrero 2010. En este rubro, por lo menos para el caso de los menores de edad (que también pueden cometer delitos de criminalidad organizada) las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, (Reglas de Beijing) son muy claras al señalar en el artículo 22: “Necesidad de personal especializado y capacitado”, la necesidad de contar con conocimiento de “derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento”. Al respecto, el comentario de dicho art. es en el sentido siguiente: “Las personas competentes para conocer en estos casos pueden tener orígenes muy diversos jueces municipales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las regiones en que ha tenido influencia el sistema jurídico de ese país; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano y en las regiones de su influencia; personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros de juntas de la comunidad, etcétera, en otras regiones). Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente”.

rio a otro que vulnere o ponga en riesgo su derecho a reintegrarse a la sociedad.

Pero en este punto específico la Constitución se diseñó de tal forma que impide de inicio la posibilidad de que sea valorada la pertinencia de enviar a un imputado o sentenciado a un centro especial, pues existe un mandato expreso de no permitirles compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio.

Lo anterior no implica la inobservancia de la nueva figura judicial o su irrelevancia en materia de DO, pues respecto del régimen disciplinario interno de los centros penitenciarios podrían tener cabida para la sustanciación de los recursos que se pudieran interponer por la imposición de una medida disciplinaria; incluso respecto del traslado de uno de los “centros especiales” a que se refiere el § noveno de este artículo 18 a otro de ellos, pues tal dispositivo constitucional nada señala al respecto y, en este orden de ideas, no puede ser arbitraria la decisión del ejecutivo respecto del continuo traslado de los sentenciados de un centro a otro sin que se sometan a la potestad judicial del juez de ejecución.

Un tema toral respecto de la figura del juez de ejecución es el referente a la seguridad personal de quienes haciendo uso de la figura del arrepentido (*pentito*, delación o *plea bargaining*), a, que se refiere el artículo 20, apartado B, fracción III, § segundo de la Constitución, cuando tenga derecho a los beneficios a favor del sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de DO, pues parte de los beneficios pueden ser desde la seguridad en los propios centros especiales de ejecución, hasta remisión parcial de la pena, incluyendo, entre otros, el traslado del sentenciado al centro penitenciario más cercano a su domicilio.

5. Restricción de las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros

Artículo 18, § noveno

...Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor...

52 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Como una potestad, la Constitución permite a las autoridades competentes (ministeriales, judiciales y de ejecución) restringir a los inculpados y sentenciados por DO las comunicaciones con terceros.

Ya había señalado en el apartado referente a las intervenciones de las comunicaciones que el hecho de plantear que tal vigilancia electrónica se dirija también a las comunicaciones del imputado con su defensor cuando exista vinculación de este con la organización delictiva, no debe entenderse como una restricción comunicativa entre el órgano de la defensa y el imputado o sentenciado.

En efecto, la restricción de las comunicaciones del imputado o sentenciado con terceros, pretende evitar que se sigan cometiendo u organizándose delitos, así como la posibilidad de que se filtre información que puede resultar útil para la investigación de otros miembros de la organización, que se den datos de los posibles testigos a fin de que se intimiden o “desaparezcan”.

Tal medida puede parecer muy intrusiva para el caso de los imputados y no tanto para los sentenciados, sin embargo, puede llegarse a extremos de restringirse las comunicaciones entre estos y sus propios familiares, situación que en principio podría resultar muy dura, pero si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos las empresas criminales son también empresas familiares en las que se involucran no sólo hermanos y las parejas de los criminales, sino los propios hijos, puede ser más entendible que tal situación suceda, siempre claro, que existan elementos objetivos que permitan sostener, por lo menos indiciariamente, que existe esta situación de hecho.

Para el caso de los imputados, la postura es diversa, pues no puede dejarse de reconocer que aun cuando los objetivos que se persiguen con la adopción de esta medida son legítimos, se vulnera sobre manera el sistema acusatorio, en particular por lo que atañe a la presunción de inocencia que debiera operar a favor de los imputados, así como una serie de derechos fundamentales que no pertenecen sólo al SPA, ni siquiera son exclusivos del derecho penal, sino a la generalidad de las prerrogativas ciudadanas: 1) el derecho a comunicarse libremente; 2) el derecho a la información, y 3) el derecho de asociación, por lo menos.

6. *Medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en los centros especiales*

Artículo 18, § noveno

... Las autoridades competentes podrán... imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (*scil*, los centros especiales para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada).

Las mismas críticas para la restricción de comunicaciones son aplicables para estas medidas de vigilancia respecto a la contravención de la figura de la presunción de inocencia. A lo que habría que agregar que se violentan otro tipo de derechos, tales como: 1) comunicarse libremente; 2) la privacidad en las comunicaciones; 3) la intimidad, y 4) libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Tales medidas suelen ser sumamente intrusivas, al grado de videograbar a los internos las 24 horas del día para verificar las actividades que desarrollan, lo que implica, incluso, la vigilancia en los momentos en los que atienden sus necesidades fisiológicas (orinar, defecar, dormir), se masturban, rezan, lloran, comen... Lo que trastoca profundamente no sólo los dos primeros derechos, sino que afectan sensiblemente el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

7. *Prisión preventiva oficiosa*

Artículo 19, § segundo

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada

La prisión preventiva es una expresión —de tantas— de las medidas cautelares que la autoridad judicial puede ordenar respecto de un imputado.

54 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Para el caso de las medidas cautelares, la autoridad judicial debe, bajo la figura de la *iniciativa de parte*, ordenar aquella medida cautelar que se le ha solicitada por la parte acusadora que sea acorde con las características del imputado y las necesidades de cautela que se demuestren.

En el caso de la prisión preventiva —por ser una de las medidas más intrusivas que existen—, se deberán colmar algunas exigencias que el mismo Constituyente ha plasmado en el texto constitucional (artículo 19, § segundo), supeditando al Ministerio Público a solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: 1) la comparecencia del imputado en el juicio; 2) el desarrollo de la investigación; 3) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, o 4) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Sin embargo, en materia de DO la prisión preventiva se previó para que proceda de manera oficiosa, sin respetar la *iniciativa de parte* y violentando el derecho a la *presunción de inocencia* y a un principio/consecuencia: los *límites a la prisión preventiva*.³⁹

Ferrajoli no le da ninguna justificación a la aplicación de la prisión preventiva, la considera como un instrumento ilegítimo e idóneo para hacer desaparecer las garantías penales y procesales. En este sentido, los instrumentos internacionales que México ha suscrito, son más garantizadores que la legislación penal en materia local y federal.

Pasando por alto el mandato constitucional, el Ejecutivo Federal intenta diseñar un modelo procesal que prevé la prisión preventiva oficiosa para un gran número de figuras delictivas, pero no para la delincuencia organizada.

Al respecto, el CFPPSPA establece:

Artículo 265. Prisión preventiva oficiosa

³⁹ “Una consecuencia de la presunción de inocencia es que no se le sancione anticipadamente de manera provisional. Sólo procede cautelarmente si se colman ciertos requisitos y como *extrema ratio*”, véase Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, cit., p. 62.

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud, en los términos que establezca este Código.

Por supuesto que muchos de los delitos predicados y referidos a la DO se encuentran previstos en las ocho fracciones de ese artículo, pero ni siquiera son todos los que regula actualmente el artículo 2o. de la LFCDO, y aún cuando así fuera, no sería procedente por la figura que nos ocupa.

8) *Suspensión del proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal en casos de evasión de la acción de la justicia o puesta a disposición de otro juez que reclame al imputado en el extranjero*

Artículo 19, § sexto

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Un tema que afecta el derecho de certidumbre como se ha concebido tradicionalmente, es este de la suspensión del proceso y la imprescriptibilidad de la acción penal para casos de evasión de la justicia, pero sobre todo para los casos de extradición.

En principio, la adopción de esta figura no afecta ningún postulado del SPA, sólo se constituye como una “nueva regla” constitucional sobre la materia y resulta acorde con los postulados de las convenciones de Viena y la de Palermo.

Actualmente los artículo 6o. de la LFCDO; 11, punto 5 de la CoPa y 5o. de la LGSe ya regulan estas figuras.

56 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

9) *Imposibilidad de la defensa para tener acceso total a los medios de prueba desde el inicio de la investigación por la reserva del nombre y datos del acusador en perjuicio del imputado, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez*

Artículo 20, apartado B, fracción III, § primero y apartado C, fracción V

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

...

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: ...delincuencia organizada; ... salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

Una de las expresiones del endurecimiento de la política criminal —que no puede dejar de reconocerse redundante en mayores derechos de víctimas, ofendidos y testigos— es esta disposición que, aunque no es nueva, sí ha sido “remasterizada” en perjuicio de los derechos de defensa del imputado, pues ya la reforma constitucional anterior en materia de DO, así como la LFCDO habían restringido este derecho del indiciado, pero sólo en la etapa de la averiguación previa.

Ahora incluso en sede judicial (sin que se establezcan límites, lo que podría incluir la misma audiencia de debate) puede extenderse esta situación restrictiva.

El proyecto de código del ejecutivo propone una regulación al respecto, adoleciendo nuevamente de la inclusión del delito de DO en materia de ofrecimiento de testigos y la reserva de su nombre y datos. El proyecto establece:

Artículo 356. Ofrecimiento de testimonios.⁴⁰

Si el Ministerio Público ofrece prueba de testigos deberá individualizarlos en el escrito de acusación, presentando una lista, con nombres, apellidos y domicilios, señalando, además, la materia sobre la que habrán de recaer sus declaraciones. Salvo que se deba resguardar la identidad y otros datos personales de la víctima u ofendido cuando ésta sea menor de edad o se trate de delitos de violación, secuestro o trata de personas o cuando a juicio del juez sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

En todo caso, deberán tomarse las medidas para resguardar la reserva de la identidad de la víctima u ofendido.

Con base en el § primero, *in fine*, el juez de control bien puede extender estos beneficios a los casos de DO, pero a diferencia de lo que dispuso el Constituyente, para este caso el legislador ordinario federal dejó a criterio de la autoridad judicial determinar su procedencia o improcedencia.

Sobre todo en las audiencias que son verificadas en sede judicial, la existencia de esta disposición contraviene abiertamente los principios de contradicción, presunción de inocencia e igualdad entre las partes, así como la supresión de la oralidad en su sentido más amplio.

Refiere Sferlazza que “al término “oralidad” se le puede atribuir el significado de “comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas”,⁴¹ pero de lo que se trata, es de “tomar parte”, a fin de hacer preguntas y obtener respuestas, no sólo de ser oído en una audiencia por más que ésta sea pública, continua y el juez esté presente.

⁴⁰ Según los §§ primero y tercero.

⁴¹ Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, cit., p. 73.

58 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Por lo que hace a la contradicción el mismo Sferlazza señala que este principio “permite la participación de las partes para la formación de la prueba”, las partes pueden preguntar y protestar, situación que no puede respetarse con una disposición como ésta.

Como manifestaciones del debido proceso, la presunción de inocencia y la igualdad entre las partes son reconocidos como principios que deben ser observados y que ante esta modalidad para la DO, los mismos se encuentran restringidos.⁴²

Sabedor de que en la práctica, sobre todo cuando se está frente a la criminalidad organizada “las partes en conflicto pueden, en concreto, no ser iguales sobre la capacidad y los medios, el legislador atribuye al juez un poder sustitutivo (*de suplencia*) que incide sobre la iniciativa probatoria”.⁴³

10. *Protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso*

Artículo 20, apartado B, fracción III, § primero y apartado C, fracción V

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

...

⁴² Al respecto, véase Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 101. Respecto de las valoraciones de la presunción de inocencia e igualdad entre las partes: “C) Igualdad entre las partes. La aplicación del principio acusatorio cobra importancia al garantizar una equidad procesal entre las partes contrapuestas, acusador (Ministerio Público) y acusado (Inculpado) defensor. Ambos ostentan las mismas facultades en el derecho procesal moderno, encargando la potestad de sentenciar en el proceso a un órgano imparcial e independiente que es el Poder Judicial”.

⁴³ Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio oral...*, cit., p. 71.

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: ...delincuencia organizada; ... salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

La evolución que ha tenido la regulación de esta figura es de resaltarse, pues en un principio —desde la creación de la actual LFCDO y hasta el día de hoy— a nivel tanto legal como constitucional, sólo era aplicable en la etapa de la averiguación previa, ahora con la redacción constitucional actual, tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre, la identidad y otros datos personales del acusador (víctima, ofendido o testigo), siempre que se salvaguarde en todo caso los derechos de la defensa.⁴⁴

Lo anterior debe entenderse como un modelo gradual de protección que puede ir desde el no asentar los datos de identificación de las personas que tienen derecho a la protección de los mismos en el expediente de averiguación previa o en el de investigación (algunos le denominan carpeta), hasta el deber a cargo del Estado de asegurarle un estándar de vida correspondiente al que abandonó cuando comenzó a brindar sus declaraciones.

A esta figura la envuelve actualmente un halo de confusión y errores,⁴⁵ pues se le confunde muy fácilmente con la protección de

⁴⁴ La figura de la protección de personas, víctimas y funcionarios que puedan estar en peligro, así como de testigos protegidos se encuentra regulada en la actualidad por los artículos 2o., fracción V, 123 y 253 bis del CFPP; 14 y 34 de la LFCDO; 24 de la CoPa; 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 de la LGSe y 4o., fracción I, apartado A), inciso k) de la LOPGR.

⁴⁵ “México regula la garantía a la protección que tiene todo testigo, mas no al “testigo protegido” como tal ... Pese a lo que se afirma, las regulaciones especiales de la citada ley (*scil.*, a la LFCDO) plasman sólo diversas consagraciones de la garantía referida, de la cual no sólo gozan testigos y víctimas, sino también jueces, peritos y «...demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento

60 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

los colaboradores (colaborador de justicia, *pentito*, delator, etcétera). Tal confusión se debe en parte a la falta de claridad de la ley.

En el caso italiano, por ejemplo, la ley distingue estas dos figuras, refiriéndose a los testigos de justicia⁴⁶ por un lado y al colaborador de justicia⁴⁷ por otro.

La figura se traduce en la inobservancia de por lo menos un par de principios que enarbolan el SPA: el de *contradicción* y el de *publicidad*, pues aun cuando la audiencia fuera pública, oral, continua y respetuosa de la inmediación (puede estar citado a declarar el testigo, la víctima o el ofendido mediante una videoconferencia en la que le pixeleen el rostro y le deformen la voz), el imputado se encuentra en un estado de desventaja frente a un deponente que no sabe quién es y que por tanto no puede controvertir sus declaraciones, pues en el mejor de los casos el examen cruzado que le dirija la defensa irá encaminado a desvirtuar el relato de sus hechos (del deponente) “con lo que tiene”, pero no podría, por ejemplo, encaminar su defensa para restar credibilidad por las características propias de quien declara, antecedentes de falsedad en otros juicios o demostrar la falsedad en la misma audiencia en la que se debate, demostrando que el día de los hechos motivo de su declaración el testigo se encontraba en otro país, según consta en documentación oficial de migración, aduanas y hacienda, pues al no saber los datos de quién imputa, no pueden realizarse investigaciones de este tipo que redundan en un descargo de las imputaciones.

penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera...»”, véase Quintero, María Eloísa, “Testigo protegido, y arrepentido o colaborador: una visión crítica”, en *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*, Quintero, María Eloísa (coord.), INACIPE, México, 2010, pp. 30 y 31.

⁴⁶ “...es un ciudadano normal, quien al ser víctima de un delito o testigo de un hecho delictivo brinda declaraciones útiles a la autoridad judicial”, véase Ingroia, Antonio, “Los instrumentos...”, *cit.*, p. 21.

⁴⁷ “...el ex criminal arrepentido, aquel que ha cometido delitos y que comienza por hacer declaraciones acusatorias contra sí mismo y sus cómplices”, véase Ingroia, *Idem*.

El principio de publicidad puede verse lesionado en los casos en los que, a fin de garantizar la protección de los datos del testigo, el juez ordene que la audiencia se efectúe a “puertas cerradas”.⁴⁸

El modelo procesal que se está proponiendo a nivel federal regula la figura de la protección de testigos⁴⁹ en el artículo 74, párrafo cuarto; 79, § primero; 211, § primero; 383 y 386, una vez más, omitiendo incluir expresamente su procedencia en los casos de DO.

En consonancia con el nuevo modelo de seguridad y justicia, la iniciativa del Ejecutivo prevé que la protección a testigos pueda darse en cualquier momento (desde la investigación inicial hasta el juicio) como providencia precautoria para evitar la intimidación o amenaza o influencia a las víctimas, los testigos del hecho o para la protección de personas o bienes jurídicos, para lo que tanto el juez

⁴⁸ Respecto de la inobservancia de ambos principios (contradicción y publicidad), el artículo 386 del CFPPSPA regula la figura de los “Testimonios especiales” y dispone que la recepción del testimonio “puede ser en sesión cerrada y con el auxilio de familiares o peritos especializados o por sistemas de reproducción a distancia de imágenes y sonidos o cualquier medio audiovisual que impida confrontarlo físicamente con el acusado y garantice el resguardo de su identidad”.

⁴⁹ La exposición de motivos señala al respecto: “Ante la posibilidad de amenazas y el peligro para los testigos de un hecho, cuyo testimonio pueda afectar intereses de grupos o sujetos con gran capacidad criminal, es preocupación del Poder Ejecutivo Federal a mi cargo, salvaguardar la integridad física de las personas cuyo testimonio es necesario en un proceso penal, por ese motivo, se propone que la autoridad jurisdiccional pueda ordenar, a petición de la representación social, que se otorgue protección policial a los testigos, víctimas u ofendidos del delito, haciendo extensiva esta medida a sus familiares, cuando corran riesgo su vida o sus derechos”, véase p. 27. La iniciativa prevé en un artículo 74 que el Consejo de la Judicatura Federal y la Procuraduría General de la República emitirán las disposiciones correspondientes para regular los recursos que se estimen necesarios para el eficaz funcionamiento de los medios digitales en el procedimiento penal, para lo que las consultas a resoluciones que se encuentren disponibles en medios digitales para notificación quedarán registradas mediante la clave que para tales efectos le proporcione el órgano jurisdiccional, salvo que no sea indispensable el control de las consultas para evitar la intimidación o amenaza o influencia a los testigos del hecho, a fin de asegurar el éxito de la investigación, o para la protección de personas o bienes jurídicos y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

62 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

de control como el de juicio oral podrán ordenar la protección policial no sólo a los testigos, víctimas y ofendidos del delito o los familiares de éstos, sino también a jueces,⁵⁰ agentes del Ministerio Público, abogados defensores, asesores jurídicos de la víctima, agentes de la policía de investigación, peritos o cualquier otro interviniente en el proceso, cuando se ponga en peligro su vida o integridad corporal por su intervención en procesos penales por algún delito, o cuando su declaración pueda ser determinante para el adecuado desarrollo del proceso penal o para absolver o condenar al imputado.

11. *Beneficios a favor del inculgado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada (pentiti)*

Artículos 20, apartado B, fracción III, § segundo

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

⁵⁰ Al respecto, señala Meza que: “De lo anterior se advierte que los jueces de procesos penales de los circuitos antes mencionados o en los estados que tengan o se encuentren circunscritos a cárceles de máxima seguridad serán competentes además de los asuntos que resuelven cotidianamente, también en los que se vea inmersa la delincuencia organizada, en razón a que este hecho social acarrea consigo gran responsabilidad en el rubro de seguridad.

Ahora bien, la circunstancia de tener en las prisiones de máxima seguridad asuntos relacionados con la delincuencia organizada, narcotráfico o todos aquellos que representen un grave problema de seguridad a la sociedad y para cumplir con los principios del sistema acusatorio, específicamente en cuanto a la oralidad y publicidad, traerá consigo la necesidad de contemplar la asignación de un presupuesto para la creación y funcionamiento de salas de juicios orales adjuntas o en una distancia corta de las cárceles de máxima seguridad, para evitar las posibles fugas de los procesados.

Debe ponerse cuidado extremo en la instrumentación legal adecuada para garantizar la seguridad del juzgador, su personal y familiares de ambos con el fin de evitar extorsiones o muertes (no como sucede en la actualidad que sólo ante la alarma se instala dicha protección), pues considerando que la delincuencia organizada no tiene límites es necesario que en dichos asuntos la protección sea efectiva y regulada; al existir un trato directo no se descarta la posibilidad de posibles venganzas”, véase Meza Fonseca, Emma, “Principio acusatorio...”, *cit.*, p. 211.

Una de las finalidades procesales de la aplicación de los medios de investigación (reconocidos por la propia ley —actualmente, los art. 35 y 36 de la LFCDO y 19, § segundo de la LGSe regulan esta figura—) es el conocimiento de las estructuras delictivas, sus integrantes, los roles que en ella juegan, las rutas, los funcionarios involucrados... Y con esta visión es que se establece la figura del colaborador o arrepentido, que puede ser el inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada (según la propia regulación constitucional).

A decir de Quintero:

Quando se habla de arrepentido o colaborador, en los diversos ordenamientos se hace referencia al sujeto que, habiendo pertenecido y/o participado en una actividad delictiva, decide colaborar con la autoridad a efectos de clarificar hechos y así poder identificar a otros presuntos responsables. La colaboración que brinda se traduce generalmente en información privilegiada, es decir, información a la cual difícilmente podría acceder la autoridad en su tarea de investigación, pruebas, códigos de comunicación, rutas de la organización, entre otros. Por otro lado, la autoridad ofrece al colaborador beneficios procesales o penitenciales, según sea el caso y la legislación aplicable.⁵¹

Un sistema de protección debe estar diseñado mediante una “gestión separada y diferenciada entre arrepentidos y testigos”, previendo incluso, “asistencia económica para el sustento del colaborador y de su familia”⁵² y estratificado, según el nivel de riesgo de los colaboradores intervinientes.⁵³

⁵¹ Quintero, María Eloísa, *Testigo protegido...*, cit., p. 33.

⁵² Ingroia, Antonio, *Los instrumentos...*, cit., p. 21.

⁵³ En Italia el sistema de protección es confiada a un cuerpo especial, parecido a los Marshall estadounidenses, que en Italia se denomina “Servicio Central de Protección”, el cual se regula en tres niveles.

En el primer nivel, reservado para los colaboradores de menor importancia y que por ello se encuentran expuestos a menor riesgo, se aplican las llamadas “medidas ordinarias de protección”, que consisten en medidas de seguridad aplicadas y realizadas en el mismo lugar de residencia del declarante.

64 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Además de la infiltración de agentes, que al adentrarse en las entrañas de la organización criminal pueden tener acceso privilegiado a ésta, la figura del arrepentido se erige como una forma *ad hoc* para saber las minucias de la agrupación y, conjuntamente con los agentes encubiertos y las intervenciones comunicativas pueden dar resultados sólidos.

Como se ha mencionado, la conjunción de esta figura con la intervención de comunicaciones puede ser muy útil, pues permite contar con una “voz desde dentro” que esté al tanto de las cosas secretas de la mafia y que proporcione información útil para complementar la que se deriva de la intervención de comunicaciones.⁵⁴

En el segundo nivel, para los colaboradores de mayor riesgo, se aplican las “medidas especiales de protección”, que incluyen transferencias del colaborador —de acuerdo con el contexto—, por razones de seguridad, a lugares secretos y lejanos de su residencia.

Por último, para los colaboradores de máximo riesgo, cuando todas las otras medidas resultan inadecuadas, está prevista la aprobación de un “programa especial de protección”, que contempla no sólo la transferencia del colaborador y de sus familiares a una localidad secreta y distante de su residencia, además de la asistencia económica para el sustento del colaborador y de sus familiares, sino también el pago de sus gastos legales y, con ello, todos los procedimientos judiciales pendientes, con una nueva identidad y una suma de dinero para comenzar una actividad laboral. Ingroia, *Idem*.

⁵⁴ A decir de Ingroia, *Ibidem*, p. 19: “En mi experiencia, las investigaciones más exitosas son precisamente aquellas (*sic*) donde fue posible lograr una inteligente combinación de intervenciones telefónicas y revelaciones de arrepentidos. Así, por ejemplo, fueron encontrados los asesinos de Giovanni Falcone, el magistrado antimafia siciliano más notorio, asesinado en la masacre de Capaci el 23 de mayo de 1992, donde perdió la vida con su esposa Francesca Morvillo y los policías de su escolta, cuando la *Cosa Nostra* hizo saltar por los aires un tramo entero de la autopista que conecta Palermo con el aeropuerto. Las revelaciones sobre la dinámica de la masacre, hechas por uno de los integrantes del comando que participó en el asesinato de Falcone, plantando la dinamita en agujeros debajo de la autopista, fueron determinantes. Pero esta revelación fue el fruto de un largo trabajo de investigación que encontró sus primeros resultados importantes derivados de una intervención ambiental. El primero en abrir una ventana hacia la verdad fue un colaborador de la justicia, quien señaló como sujetos especialmente peligrosos de la mafia a dos personajes relativamente desconocidos en ese momento. Su “sugerencia” fue inmediatamente aceptada y se inició una actividad masiva de investigación alrededor de

En México la naturaleza de esta figura es la de un beneficio procesal o penitenciario, según el momento en el que se obtiene la colaboración del arrepentido, siendo antes del ejercicio de la acción penal un verdadero criterio de oportunidad reglado⁵⁵ y, después de ese momento, sólo un beneficio procesal o penitenciario innominados.

En este sentido, la figura de la aplicación de beneficios a favor de las personas involucradas, lejos de contravenir algún principio del SPA, los maximiza, ya que por un lado, se aplica la figura de los criterios de oportunidad y, por otro, tiene relevancia la figura del juez de ejecución en lo que se refiere a los beneficios penitenciarios (reducción de la pena) a favor de los colaboradores.

esos dos hombres: intervención telefónica, escuchas en los lugares que frecuentaban, actividades de vigilancia las 24 horas del día. Se identificó un escondite de la mafia, un apartamento donde se instalaron micrófonos que permitieron escuchas y grabar una conversación en la que los mafiosos hacían referencias explícitas a la estrategia de Capaci, dando a entender su involucramiento personal y directo en la matanza”.

⁵⁵ Esta situación es pasada por alto en el CPPSPA y en la exposición de motivos se dice: “Con el objeto de contribuir a la despresurización, a la resolución de asuntos, así como el de incorporar nuevas figuras jurídicas que coadyuven a la resolución de los conflictos penales de una forma más ágil en el vigente sistema de justicia penal, se establece que, podrán aplicarse en éste, con excepción de los casos de delincuencia organizada, previa solicitud del Ministerio Público, las disposiciones de la presente iniciativa de Código que se refieran a la facultad de abstenerse de investigar o determinar el archivo temporal; la facultad de aplicar los criterios de oportunidad; la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, los cuales podrán decretarse hasta antes de la declaración de la audiencia de vista; el procedimiento simplificado, el cual podrá decretarse hasta antes del cierre de la instrucción.”, p. 36, sin embargo, la ley especializada prevé la posibilidad de no ejercer acción penal cuando no se ha consignado a un arrepentido, lo que constituye la misma figura que, aun cuando no se le aplicara tendría los mismos efectos procedimentales. Lo anterior cobra relevancia a la luz de lo dispuesto por el artículo 356, § segundo de este mismo ordenamiento, que señala que “cuando el Ministerio Público ofrezca como prueba el testimonio de una persona en cuyo favor se haya decretado un criterio de oportunidad, se encontrará obligado a informar a la defensa sobre esta circunstancia y a anexar en su escrito de acusación la resolución mediante la cual se haya decretado aplicar el criterio de oportunidad”.

66 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Un tema polémico es el referente al valor de la prueba que debe otorgarse a las declaraciones de los colaboradores en un juicio inculpativo en contra de un cierto imputado miembro de la organización a la que pertenecía el arrepentido, en este sentido, lo mejor es maximizar la sistemática del SPA que incorpora el modelo de la “sana crítica”, “libre valoración” o “discrecionalidad valorativa” del juez, imponiéndole como límite el hecho de que las acusaciones del colaborador sólo pueden tener valor probatorio si se considera en conjunto con otros elementos probatorios que confirmen su veracidad.

12. *Restricción de la publicidad*

Artículo 20, apartado B, fracción V, § primero y apartado C, fracción V

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

...

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas las personas que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

En el apartado relativo a la protección de testigos y personas se ha señalado ya, que tal medida podría incluir la inobservancia de la

publicidad de las audiencias en aras de proteger la identidad de estas personas. Tales valoraciones deben entenderse para este apartado.

Pero además, la Constitución prevé que la publicidad puede restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de “seguridad nacional, seguridad pública, protección menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos”, así cuando el tribunal “estime que existen razones fundadas para justificarlo”. Dada la relevancia del tipo de delitos fin involucrados en la DO y los bienes jurídicos que se tutelan tanto por aquellos, como por este tipo penal (el de la DO), es altamente probable que en la mayoría de los casos las audiencias no sean públicas.

13. *Valor probatorio de las actuaciones realizadas en la fase de investigación cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas (prueba anticipada)*

Artículo 20, apartado B, fracción V, § segundo

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

Uno de los problemas que se presentan en el modelo acusatorio respecto a la congruencia de las declaraciones vertidas en las etapas preliminares (en la investigación principalmente) es el que los testigos durante la audiencia de debate declaren de manera disconforme con sus propias declaraciones hechas con anterioridad (el precedente disconforme) cuando se trata de procesos de criminalidad organizada. Tal situación es atribuida a la capacidad de intimidación de las organizaciones criminales que dirigen hacia los testigos a fin de que callen lo que saben o se retracten de lo que ya han dicho.⁵⁶

⁵⁶ Meza sostiene al respecto: “En esta tesitura, la delincuencia organizada es un fenómeno complejo compuesto en un eje central de dirección y mando,

68 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Por ello, Sferlazza sostiene que:

En aras de prever “aquellas excepciones a los principios de oralidad e inmediatez, que sean razonables y, por tanto, que se acerquen lo más posible a una reconstrucción correcta de los hechos” el apartado 5, del art. 111 constitucional italiano prevé tres hipótesis de derogación del referido principio de contradicción: “la ley regulará los casos en los cuales la formación de la prueba no tiene lugar en contradicción con el consentimiento del imputado o por la comprobada naturaleza objetiva, o por efecto de conducta ilícita comprobada”.⁵⁷

Así, ante el alto riesgo que puede correr el testigo amenazado antes de la celebración de la audiencia de juicio que declarará desapegado a la verdad de los hechos al momento del debate y que declara con verdad en momentos previos, se prevén escenarios atendiendo al hecho de que las primeras declaraciones no se encuentran viciadas por la ausencia de aleccionamiento que basadas en el principio de inmediación, pues al momento de la declaración ante el tribunal será este mismo el que recoja y valore la prueba, lo que no rompe con tal principio, en este sentido las valoraciones que se hacen son más del orden de la inmediatez que de la inmediación.⁵⁸

con una estructura celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad que tienen un grupo de sicarios a su servicio capaces de corromper a las autoridades, inclusive llegan a atomizar o matar a jueces, fiscales, testigos y víctimas. Utiliza como métodos la intimidación, corrupción, terrorismo, sobornos, gratificaciones, donaciones, chantaje, amenazas, ataques a otros miembros del crimen organizado, con el objetivo primordial de obtener capital y tecnología para lograr un poder financiero nacional e internacional para seguir manteniendo su imperio”, Meza Fonseca, Emma, *Principio acusatorio...*, cit., p. 196.

⁵⁷ Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, cit., México, 2011, pp. 77 y 78. Asimismo: “Desde el punto de vista “teórico”, el legislador creyó que las garantías procesales podrían ser aseguradas limitándose a afirmar el principio de “oralidad-inmediatez”, es decir, considerando en buena parte no utilizables en el debate las declaraciones adquiridas en la fase anterior. Desde el punto de vista “operativo”, el legislador, aunque consciente de la falta de organización judicial, ha querido que la fallida predisposición de estructuras idóneas y adecuadas al nuevo modelo procesal no retardara la entrada en vigencia del código”.

⁵⁸ Véase Góngora: “...el carácter excepcional de la prueba anticipada constituye una salvedad justificada, constitucionalmente aceptable conforme al

Ante esta problemática fáctica se regula la figura de la prueba anticipada que, a decir de Horvitz y López “los diversos sistemas que contemplan el juicio oral como una de sus etapas admiten, con mayor o menor extensión, la posibilidad de incorporar al mismo pruebas producidas en etapas previas a la audiencia principal, por medio de la lectura de las actas en las que consta su materialización”.⁵⁹

En general se puede hablar de que existen tres principios que regulan a la prueba anticipada:⁶⁰ 1) obligación constitucional a cargo del MP de conservación de la prueba; 2) carácter excepcional y urgente de su práctica, y 3) garantizar la vigencia de un equilibrio procesal inherente a cualquier sistema acusatorio (dando la oportunidad de ser controvertida).

La procedencia de esta figura se hace patente “cuando es necesario recoger la deposición de un testigo que está bajo amenaza o que se encuentra en graves condiciones de salud, por lo cual se puede presumir con fundamento que en el juicio podría ser escasamente fidedigno o que no pueda dar testimonio” y constituye una tensión entre la publicidad, la contradicción y la inmediación que operan a favor del imputado y el derecho-obligación del Estado a la persecución efectiva de los delitos⁶¹ y la consecución de un grado aceptable de credibilidad que opera a favor de la sociedad.

principio de inmediatez en el juicio oral..., se consagra su instituto como una excepción al principio de inmediación”. Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, Alejandro E., *Crimen organizado...*, op. cit., p. 317.

⁵⁹ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 232 y núm. 12.

⁶⁰ Véase Góngora Pimentel, y Santoyo Castro, *Crimen organizado...*, cit., p. 317.

⁶¹ “Las excepciones necesarias al principio de inmediación del juez de la audiencia del juicio oral, han sido recogidas en las reformas constitucionales. Para establecer un equilibrio de los derechos del acusado y la persecución de un delito, se implementó esa excepción en la fracción III, apartado A, del artículo 20, de la Constitución Federal, cuando se corra riesgo de perderse si no se recaba, por lo que es dable que dicha prueba se desahogue ante el juez de control antes de que tenga verificativo el juicio y sólo se incorpora por lectura al juicio oral, sobre todo en casos de delincuencia organizada en las que la víctima corra

70 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Y ante una ponderación de estos principios en la que sólo uno prima respecto del otro es mejor una contradicción sin intermediación que una intermediación que adolezca de un “elevado grado de incredibilidad, ya que los recuerdos se desvanecen con el paso del tiempo”.⁶²

Se debe tener cuidado y no caer en extremos como los que se adoptaron en Italia en algún momento, que ha sido llamado un “retroceso” que “desde la reforma de 1989 —de espíritu abiertamente acusatorio— hacía un sistema inquisitivo a raíz de sucesivos fallos de la Corte Constitucional de ese país en los que se ha admitido la incorporación por escrito al juicio de evidencia obtenida en otros procesos o en la investigación preparatoria de delitos cometidos por organizaciones criminales”.⁶³

peligro o haya sido asesinada”, véase Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 271.

⁶² “La oralidad se basa en un par de premisas: 1) la memoria de la persona a quien le consta el hecho ha permanecido casi inalterada hasta el momento del debate, y 2) al momento del debate, quien declara lo hace sinceramente. A su vez, la inmediatez basa su razonamiento en otros dos postulados: 1) todos los elementos de prueba con los que se habrá de decidir, sólo serán adquiridos mediante declaraciones orales en el juicio, y 2) al momento del debate, las personas informadas de los hechos están en posibilidad de presentarse”, véase Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, cit., p. 76.

⁶³ Véase Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, cit., p. 82. “No obstante que la Corte Constitucional Italiana declaró inconstitucional el testimonio indirecto de los oficiales y la policía judicial (en sentencia 24/1992) y prohibió la utilización e inserción en el expediente del debate, de las declaraciones de las testimoniales durante la fase de investigación que contenía el expediente llevado por la Fiscalía, los hechos volvieron insostenible tales criterios, pues “la situación se volvió explosiva entre 1991 y los primeros meses de 1992, a causa del fuerte incremento de los delitos de la mafia, con las masacres de *Capaci* (homicidio de *Falcone*, su esposa y sus guardias) y *Via D'Amelio* (homicidio de *Borsellino* y su escolta).

En tal orden de ideas, la Corte adoptó el criterio de que si la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad, la oralidad no representaba el “vehículo exclusivo de formación de la prueba en el debate” y, “en los casos en que la prueba no pueda, de hecho, realizarse oralmente, se tiene que dar valor, dentro del límite y de las condiciones ya enumeradas, a actos formados antes y fuera del debate”, abandonando con tal criterio los principios de oralidad y de intermediación, dando lugar a un “principio de no dispersión de los elementos de prueba no cumplidamente (o no auténticamente) adquiribles con el método oral”

14. *Confiscación de bienes bajo la modalidad de decomiso cuando el dominio se declare extinto en sentencia*

Artículo 22, § segundo, fracción II

... Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes ... cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada... respecto de los bienes siguientes:

a) Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquéllos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto... de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

La tónica se repitió en reformas legales de 1992 y 1997, pero con la inclusión del art. 16 de la ley 1/3/2001 núm. 63 se “ha restablecido la regla original de exclusión probatoria, en el sentido de las declaraciones utilizadas para las “contestaciones” pueden ser valoradas sólo con el fin “de la credibilidad de los testigos.” En otras palabras, quedado el contraste, el “precedente disconforme” no puede constituir prueba de los hechos en ellos afirmados, y puede ser solamente utilizado para valorar la credibilidad de los testigos”. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal...*, cit., p. 232.

72 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Una de las finalidades de la Convención de Palermo es la de atacar “la causa fundamental de la delincuencia organizada transnacional (DOT): las utilidades”.

En este orden de ideas, las normas a adoptar por parte de los Estados miembros para el combate directo de la DOT se dirigirían, entre otros rubros, a la confiscación de bienes derivados del delito y a la represión del lavado de dinero (operaciones con recursos de procedencia ilícita o blanqueo de capitales), pues los grandes beneficios económicos deben ser neutralizados por el Estado, suprimirlos mediante mecanismos *ad hoc* que permitan sustraer los bienes de los delincuentes a favor de éste.

Muchas críticas se han enderezado contra esta figura procesal, pero el punto nodal en el que mayores contravenciones al SPA se pueden presentar, es el referido a la vulneración, nuevamente de la presunción de inocencia en una abierta adopción del revertimiento de la carga de la prueba.

Siguiendo a Aguilar “el principio de un Estado de derecho es que toda acusación debe ser probada y le incumbe a la parte acusadora incorporar al juicio la prueba de sus imputaciones, resulta lógico sostener que la carga probatoria que conduce a la determinación de la responsabilidad penal del inculcado, corresponda al Ministerio Público como titular de la acción penal”.⁶⁴

Lo anterior se evidencia ante la obligación por parte del afectado de acreditar: 1) la no existencia del hecho ilícito; 2) la procedencia lícita de los bienes sobre los que se ejerció la acción; 3) su actuación

⁶⁴ La propia Constitución señala al respecto:

“Artículo 20. — ...

A. De los principios generales:

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”.

de buena fe; 4) que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de dichos bienes, y 5) que los bienes no son de los susceptibles de ser extintos a favor del estado de conformidad con la ley.

Creo que los criterios sostenido por la Suprema Corte no son coincidentes con lo que sostengo, pues respecto de otra figura al que la Constitución regula de manera similar: el enriquecimiento ilícito, resolvió que el deber de un servidor público de acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, “no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra”,⁶⁵ ni más ni menos.

También habría decirse que uno de los argumentos que pueden esgrimirse a favor de la no reversión de la carga probatoria es en el sentido de que, al establecerse por la propia Constitución que no es un procedimiento penal, sino independiente del mismo, no le resulta aplicable dicho principio de presunción de inocencia y el respectivo deber del Ministerio Público de probar. Ante esto, habrá que decirse que es el mismo MP el que acusa y ejerce acción penal o acción de extinción de dominio ante los órganos judiciales y que, al prever la ley que la sentencia absolutoria en sede penal que tiene por desacreditada la existencia de la responsabilidad y del cuerpo del delito deja sin efectos la extinción de dominio, se deja de manifiesto que la independencia a la que se refiere es en el sentido de poder acudir a juicio sin exigir un requisito de procedibilidad como la preexistencia de una sentencia penal condenatoria como para el caso de la quiebra fraudulenta, y no para efectos de resolver incongruentemente sobre la existencia e inexistencia —respecto de un mismo hecho— del delito.

⁶⁵ Tesis P. XXXVI/2002, de la Novena Época, sostenida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 7, t. XVI, agosto de 2002, del SJF y su Gaceta, bajo el número de registro 186275, con el rubro tésis P. XXXVI/2002, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS., Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, agosto de 2002, p. 7.

74 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

15. *Reserva de competencia a favor del Congreso General para legislar en materia de delincuencia organizada*

Art. 73, fracción XXI

Artículo 73. — El Congreso tiene facultad:

XXI. Para ... legislar en materia de delincuencia organizada.

En materia legislativa existen dos principios básicos sobre los que descansa la facultad con la que cuentan los órganos legislativos mexicanos: 1) las autoridades sólo pueden hacer aquello que expresamente les esté ordenado o permitido, y 2) la federación sólo puede legislar en las materias en las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente le conceda, ya que si no lo hace, se entiende que se encuentran reservadas a las entidades federativas.

En virtud del primero de los principios, el crear figuras delictivas, denominadas tipos, es una facultad de los órganos legislativos que reconocen todas las constituciones, tanto la federal⁶⁶ como las estatales.⁶⁷

Con base en el segundo de los principios, la federación en materia penal sólo tiene reservada la función de establecer los delitos contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

Por lo que hace a la materia penal, la competencia de la federación respecto de las entidades federativas sólo se encuentra limitada en el sentido de que únicamente la compete a la federación el establecer los delitos cometidos contra ella y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, con lo que se delimita que, por ser expreso el mandato, los delitos del orden federal sólo pueden ser establecidos por el Congreso de la Unión y no por alguna legislatura local, y en

⁶⁶ Que fundamenta la creación de tipos a nivel Federal (Código Penal Federal), Local (sólo para el caso del Código Penal del Distrito Federal) y Militar (Código de Justicia Militar), en cuyo caso se debe fundamentar además en el artículo 13 constitucional.

⁶⁷ Para el caso de los 30 Códigos Penales estatales y del Código de Defensa Social para el estado de Puebla.

virtud del artículo 124 constitucional, el Congreso no puede legislar en materia de delitos del orden común, ya que es competencia exclusiva de los órganos legislativos del Distrito Federal y de los estados (Asamblea Legislativa o congresos estatales).

Lo anterior significa que el contenido de los delitos federales sólo está reservado en cuanto al ámbito espacial de validez, no así en cuanto a la figura delictiva a la que se refieran. Esto es, la federación tiene la competencia exclusiva de delimitar los “delitos federales”, lisa y llanamente, pero no puede reservarse las figuras delictivas para sí, pues lo único que la Constitución reconoció a través no del Congreso, sino del Constituyente, fue la reserva de competencia de la Federación.⁶⁸

Esta competencia establecida en el artículo 73 de la CPEUM en su fracción XXI, faculta para que el Congreso disponga como delito al homicidio, pero la figura misma no se la ha reservando, ya que los restantes 33 ordenamientos penales⁶⁹ también lo contemplan, puesto que lo que el Congreso hace al legislar en materia de homicidio es ejercer su facultad exclusiva de considerar a esa figura como delictiva en el orden federal, mas no reservar su contenido para la federación.

No obstante a lo anterior, existen tres excepciones: 1) cuando se trate de figuras delictivas referidas (tienen contenido material) a materias que se encuentran reservadas de manera exclusiva a la federa-

⁶⁸ Esto es lo que sucedió en materia de DO, la que a pesar de que el Congreso de la Unión la estableció como delito contra la federación, mediante la creación de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, no pudo, por ese solo hecho, reservar la materia de la delincuencia organizada para la federación (aun cuando esa haya sido la pretensión del Congreso, según la exposición de motivos y los dictámenes que recayeron a la misma).

⁶⁹ 31 Legislaciones penales estatales, una del Distrito Federal y una del orden militar. Sólo referidas a los cuerpos normativos creados a manera de “Códigos Penales”, por lo que se excluyen los ordenamientos penales especiales tales como la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* y las locales: *Ley contra la Delincuencia Organizada* para el estado de Baja California, la *Ley contra la Delincuencia Organizada* del estado de Jalisco y la *Ley contra la Delincuencia Organizada* del Distrito Federal.

76 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

ción⁷⁰ en materia *civil*⁷¹; 2) cuando estén expresamente señaladas en la Constitución,⁷² y 3) no existiendo reserva constitucional para el Congreso de la Unión para legislar en determinadas materias, existe esa facultad delegada al mismo por parte del Constituyente en materia de distribución de competencias —a través de la figura de la concurrencia de competencias—, en cuyo caso, cuando el legislativo federal disponga que el conocimiento de una materia civil es de su competencia, la redacción de los tipos penales referidos a la misma estará exclusivamente a cargo de la Federación.

El nuevo régimen constitucional implica la reserva exclusiva a favor de la federación para legislar en materia de delincuencia organizada, esto es, ni sustantiva ni procesalmente existen facultades a cargo de los estados de la federación ni del Distrito Federal para regular la DO, pues el Constituyente⁷³ reservó de manera exclusiva dicha materia a la federación, lo cual me parece correcto y así me he pronunciado,⁷⁴ pues redundante en certeza jurídica, sin embargo, per-

⁷⁰ Hidrocarburos, correos o moneda, por ejemplo, contenidas en el artículo 73, fracciones X, XVII y XVIII, respectivamente.

⁷¹ Cuando digo civil, me refiero a la propia diferenciación que hace la Constitución en cuanto a los juicios de los órdenes “Criminal” y del “Civil” en su artículo 14, párrafos tercero y cuarto, respectivamente, en el que para el caso del orden civil, se refiere, *contrario sensu*, todo aquello que no cuente con la característica de ser criminal (en el que se debe entender penal), abarcando a las materias civil propiamente, administrativo, agrario, laboral, etc.

⁷² Delincuencia organizada, secuestro y trata de personas, reguladas por la fracción XXI del artículo 73 constitucional. Estas dos últimas figuras son consideradas como concurrentes por la Constitución, por lo que los delitos a los que se refieren podrán ser competencia del orden común en lo que respecta a los Poderes Ejecutivo y Judicial, pero su regulación (la tipificación), constituye una materia exclusivamente reservada para el Congreso General en exclusión de los Poderes Legislativos locales.

⁷³ Esto es, el Congreso de la Unión y todas las legislaturas de los estados (sin la Asamblea Legislativa del Distrito Federal).

⁷⁴ “...esa propuesta por la unificación legislativa debe entenderse —y es lo deseable— como necesidad de la existencia de una sola legislación penal de orden federal que termine con la incertidumbre y la discrepancia jurídicas y pueda regular de manera eficiente la figura de la delincuencia organizada de forma exclusiva”, Alvarado Martínez, Israel y Guillén López, Germán, “Considera-

siste en la actualidad la misma visión que se tuvo cuando se creó la LFCDO en cuanto a la competencia para conocer de este tipo de criminalidad, es decir, se sigue sosteniendo⁷⁵ —erróneamente según mi visión— la “federalización” de su combate. Lo que en realidad sucedió fue que el Constituyente reservó de manera exclusiva a favor de la Federación, la competencia para conocer de la DO, pues

ciones político-criminológicas...”, *cit.*, p. 124. Así como Alvarado Martínez, Israel, “Por un sistema de justicia penal ¿unificado?”, *Iter Criminis*. Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 3a. época, núm. 11, mayo-junio 2007. En el mismo sentido; Garzón Real, Baltasar, “Narco. El tráfico de drogas como instrumento del crimen organizado. La presencia de las drogas: razones, riesgos y límites”, *cit.*, señala la necesidad de “apostar por la unificación legislativa, tanto en la definición de las conductas como en el diseño ara su persecución e investigación”; Vizcaíno Zamora, Álvaro, “Presentación del Instituto Nacional de Ciencias Penales”, en Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación legislativa en México y en el mundo, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, México, 2006, p. XIX. “Mientras los 25 países integrantes de la Unión Europea avanzan en la integración de su legislación penal para crear un código único, en México, como resultado de nuestro sistema federal, tenemos un código penal y un código procesal penal por cada entidad federativa, más el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar”; así como Díaz de León D’Hers, Elvia. “Federalizar la materia penal en México”, en *65 propuestas para modernizar el sistema penal en México*, Gerardo Laveaga (coord.) Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006: “Dentro de nuestro sistema judicial uno de los aspectos que contribuyen a que éste sea más oscuro para los justiciables es la existencia de legislaciones distintas en cada estado, lo que se traduce para el ciudadano en el ámbito penal, que un mismo delito sea juzgado y sancionado de manera distinta, según el estado de la República en el que se cometa”.

⁷⁵ Véase Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, Alejandro E., *Crimen organizado...*, *cit.*, p. 46, “...fue un acierto en el marco del combate a la delincuencia organizada el que se determinara la federalización de su persecución, ya que con ello se evita que existan, en el ámbito de competencia local, leyes que permitan su combate, como en el caso de las emitidas en el estado de México y en el Distrito Federal, pues tal circunstancia ha implicado una verdadera lucha entre el ámbito federal y local de investigación y persecución de delitos provenientes del crimen organizado, que genera un retraso en las investigaciones, por haberse convertido en práctica común los planteamientos de declinatoria de competencia que sólo generan retrasos innecesarios en la persecución de ese tipo de bandas delictivas”.

78 PROCESAMIENTO Y EJECUCIÓN SISTEMA PENAL ACUSATORIO

federalizada ya estaba, en virtud de que ya se encontraba incorporada al ámbito federal, mas no reservada.

Esta situación —la de la reserva para la federación— implica que sólo se podrá investigar, perseguir, sancionar y ejecutar por la comisión del delito de DO en el ámbito federal, lo que significa que las autoridades locales ya no tendrán posibilidad de hacerlo, y mucho menos legislar en dicha materia sin perjuicio de lo establecido por el artículo 6o. transitorio, por lo que las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas continuarán en vigor hasta que el Congreso de la Unión ejerza esta facultad. Lo que implica que los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal, por lo que deberán concluirse y ejecutarse respectivamente conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

Más allá de su pertinencia político criminal en la efectividad del combate a estas manifestaciones delictivas, la reforma da certeza jurídica a los gobernados, pues ya no existirán tantas formas de regulación de la DO como entidades federativas más la federación, sólo serán las reglas que establezca esta última.

En suma, este es un brevísimo recorrido por las figuras procesales incorporadas a la Constitución que deber ser ponderadas a la luz del sistema penal acusatorio en México, que por razones de extensión de este trabajo sólo se muestran como unas pinceladas.

Abreviaturas utilizadas

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CoPa	Convención de Palermo
CPF	Código Penal Federal
CPPSPA	Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales (con el modelo penal acusatorio)
DO	Delincuencia Organizada
LED	Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LFCDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
LFCDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
LGS	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
LPF	Ley de la Policía Federal
PGR	Procuraduría General de la República
RLOPGR	Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
SPA	Sistema Penal Acusatorio
§	Párrafo