

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA REGULACIÓN ACTUAL SOBRE ARRAIGO Y COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA

Roberto A. OCHOA ROMERO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen de excepción para la delincuencia organizada*. III. *El arraigo*. IV. *El colaborador de la justicia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* un importante decreto de reformas constitucionales. A través de este instrumento se dieron a conocer diversas reformas y adiciones al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que impactaron, de forma sustancial, pero no exclusivamente, su parte dogmática.

El propósito central de la reforma fue sentar las bases constitucionales para desarrollar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.<sup>1</sup>

De acuerdo con el contenido del decreto, se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado “B” del artículo 123, todos de la CPEUM.

Este decreto vino a implantar en la norma suprema las bases para que, antes del vencimiento de su *vacatio legis* de ocho años, en la legislación secundaria del ámbito federal y, por su parte, en las del orden común, se desarrollara un nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio y oral.

Sin embargo, el principal propósito que se siguió con la reforma —homologar desde el texto constitucional las diversas leyes de rito procesal penal

---

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Con relación con esta reforma, véase, especialmente, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.

a nivel nacional— no se logró en el mediano plazo. Fue así como, tiempo después, uno de los artículos que fueron impactados por el decreto de junio de 2008 (artículo 73, CPEUM) tuvo que ser reconfigurado en su fracción XXI. Esta reforma se produjo mediante decreto publicado en el *DOF* el 8 de octubre de 2013.

El texto del artículo 73, fracción XXI, CPEUM, después de la reforma de octubre de 2013, quedó en los siguientes términos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

Como puede verse, la reforma de 2013 trajo consigo un rediseño del precepto. De acuerdo con esta modificación, la fracción XXI del artículo 73, CPEUM, se organizó en un primer párrafo —seguido por tres incisos— y dos párrafos más. Dentro de los incisos llama especialmente la atención el inciso c). Y llama especialmente la atención porque en éste se integra una facultad (exclusiva) del Congreso de la Unión, que consiste en expedir la “legislación única en materia procedimental penal”.

Como consecuencia natural de esta importante adición al catálogo de facultades del Congreso de la Unión, los congresos de los diferentes estados de la República dejan de tener injerencia en ese particular sector legislativo. Por tanto, el Congreso de la Unión habría de emitir —en el corto plazo— la legislación única en materia procesal penal a través de la cual se homologa-

ría, finalmente, el proceso penal a nivel nacional. Esto sucedió poco tiempo después de la reforma de octubre de 2013.

En efecto, fue el 5 de marzo de 2014 cuando se publicó en el *DOF* el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Este código viene a hacer realidad lo dispuesto en el artículo 73, fracción XXI, inciso c), CPEUM, y representa —previo cumplimiento de las disposiciones transitorias que acompañaron al decreto— la ley (única) de rito procesal penal de aplicación a nivel nacional tanto para delitos del orden común como para delitos del orden federal.

Como es lógico, en el CNPP se desarrollan todas y cada una de las distintas cuestiones constitucionales que tienen injerencia en la conformación del sistema procesal penal mexicano. Ahí se condensan y homologan, por tanto, los principios y las reglas del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

Ahora bien, por virtud de la reforma constitucional de 2008, al tiempo que se incorporaron en el texto de la CPEUM las reglas y los principios del así llamado *nuevo sistema de justicia penal* —que abonan el terreno para la implementación de un régimen procesal penal más respetuoso de las exigencias dimanantes del debido proceso—, se introdujeron algunos instrumentos especiales para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada —la mayoría de ellos inspirados y diseñados muy al margen de sus implicaciones constitucionales—, que sin duda han venido a contaminar el ámbito del debido proceso penal. Se trata, particularmente, de instrumentos legales de investigación criminal cuyo fundamento y sentido es distinto —por no decir contrario— de los que informan y nutren el nuevo sistema de justicia penal. Algunos de tales instrumentos legales para el combate a la criminalidad organizada cuya legitimidad sigue en discusión, son el arraigo y la colaboración con la justicia.<sup>2</sup>

En principio, se pensaría que tales instrumentos especiales para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada también deberían estar desarrollados o, cuando menos, previstos, en el CNPP, sobre todo si se trata de la ley *única* de rito procesal penal y, por ello, de aplicación a nivel nacional, sin diferencias en cuanto a la materia.

Sin embargo, en el apartado de disposiciones transitorias del decreto con el que se publicara el CNPP se incluyó un artículo (cuarto), que generaba, cuando menos, incertidumbre sobre la aplicación del CNPP a los casos

---

<sup>2</sup> Véase, en general sobre esta figura, Quintanar Díez, Manuel, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, Edersa, 1996; Musco, Enzo, “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, traducción de Virginia Sánchez López, *Revista Penal*, julio de 1998; Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, Ángel Editor, 2006.

de delincuencia organizada. Esta disposición señala: “Quedan derogadas todas las normas que se opongan al presente Decreto, con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”.

De conformidad con esta disposición transitoria, el CNPP no afectaba ninguna de las disposiciones que configuran el andamiaje normativo a través del cual se brinda soporte legal al régimen especial de investigación, persecución, procesamiento y sanción para la delincuencia organizada, lo que hacía pensar en la inminente aparición de una reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), o bien de una nueva ley que incorporara un apartado procesal penal más robusto.

Mientras alguna de esas dos cosas sucedía, las particulares instituciones procesales que dan forma al régimen especial para la persecución penal de la delincuencia organizada tendrían que articularse e interpretarse, de forma más o menos armónica, de conformidad con las reglas del CNPP y de la LFDO.

Y es que, a pesar de que se trata de un régimen punitivo especial que se dio a conocer con la publicación de la LFDO en 1996, su incorporación al texto de la CPEUM se produjo al mismo tiempo que las reglas y los principios del nuevo sistema procesal penal. Este es un dato importante que ha de tenerse en cuenta, porque si este régimen especial produce puntuales restricciones o limitaciones a los principios que informan y nutren el nuevo sistema de justicia penal, ¿cómo habrían de desarrollarse (e interpretarse) tales disposiciones de conformidad con el CNPP?

Pues bien, en los epígrafes siguientes se ofrecen los antecedentes de la actual regulación procesal penal que reciben dos concretos aspectos de esta estrategia punitiva: i) el arraigo, y ii) los diferentes casos de colaboración con la autoridad. Asimismo, se incorporan a la exposición los problemas de interpretación que surgieron durante más de dos años, desde que se publicó el CNPP y hasta que se produjo la reciente reforma de la LFDO.<sup>3</sup>

## II. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La investigación (y sanción) de los delitos que se cometen como manifestación de un acuerdo previamente adoptado en el seno de una organización

---

<sup>3</sup> La regulación normativa actual sobre el arraigo, así como de los diferentes supuestos de colaboración con la justicia, se desprende de la reciente reforma que se produjo sobre el texto de la LFDO, y que fue publicada en el *DOF* el 16 de junio de 2016.

criminal representa serios problemas en la práctica.<sup>4</sup> Por esa razón, en algunos países (por ejemplo España e Italia) se han debido adoptar soluciones de *emergencia*.<sup>5</sup>

En el caso de México, se han venido modificando las legislaciones penales y procesales penales con la finalidad de atender estas nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales. El denominador común de las diferentes propuestas legislativas ha sido facilitar la intervención penal estatal en sectores de la criminalidad en los que no suele ser sencillo identificar a los responsables.

Un signo inequívoco de la esbozada tendencia político-criminal —hoy definitivamente adoptada en nuestro país—, ha sido, precisamente, la inopinada introducción de ciertos instrumentos de investigación, procesamiento y sanción de la criminalidad organizada, no sólo en la legislación penal —particularmente en la LFDO—, sino, muy recientemente, en la CPEUM.

Pero se antoja muy difícil lograr una mayor o menor armonía entre las reglas y los principios del nuevo sistema procesal penal —centrados primordialmente en las exigencias del debido proceso—, y otra suerte de estrategias, como se ha dicho, de excepción, que se plantean para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada, y que por sí solas suponen un distanciamiento (cuando no abandono) de tales reglas y principios.

En efecto, no resulta coherente con tal perspectiva la aparición de otras instituciones que implican serias excepciones al régimen ordinario de investigación, procesamiento y ejecución penal.

---

<sup>4</sup> Véase al respecto Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El delito de delincuencia organizada. Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 55 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la experiencia española, véase González Rus, Juan José, “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en González Rus, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, AA. VV., México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93 y ss.; Vercher Noguera, Antonio, “Terrorismo y reinserción social en España”, *La Ley*, núm. 2, 1994; Lamarca Pérez, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989; García Rivas, Nicolás, “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1984; Cuerda Arnau, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995. Para el caso italiano puede verse Ferrajoli, Luigi, “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 271 y ss.; Ferrajoli, Luigi, “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982, p. 209; Padovani, Tullio, “La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss.

Y es que tales excepciones conducen a una suerte de dicotomía procesal penal que distingue entre quienes pueden ser tratados conforme a la legislación penal ordinaria y quienes —por la condición de ser miembros de la criminalidad organizada y, por ello, sujetos *presumiblemente* más peligrosos—, son destinatarios de una respuesta penal diferenciada y, ciertamente, más invasiva.

Ante tal escenario, no queda más que reconocer que tal suerte de apuesta legislativa (con su actual correlato en el texto constitucional) pretende privilegiar la *seguridad colectiva* por encima de las exigencias dimanantes de la dignidad humana. Así, el individuo deja de ser persona para convertirse en enemigo.<sup>6</sup>

Efectivamente, la introducción de *novedosos* instrumentos de investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada no puede conjugarse sin reparos con los principios informadores del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. La adopción, por tanto, de tales instrumentos legales para la investigación de la criminalidad organizada en el derecho nacional, no puede ser pacífica. Y es que resulta evidente la falta de congruencia que existe entre tales recursos legales y los principios fundamentales del derecho y proceso penal modernos; por ejemplo, el de igualdad procesal, presunción de inocencia e imparcialidad judicial. De ahí que hayan surgido incógnitas serias con respecto a la forma en que habrían de articularse tales estrategias en el marco del nuevo sistema de justicia penal.

### III. EL ARRAIGO

Como se ha dicho, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, incorporó en el texto de la CPEUM las reglas y los principios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. Al mismo tiempo, apareció en el artículo 16, CPEUM, un párrafo que indica:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá

---

<sup>6</sup> Véase, ampliamente, González Cussac, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, pp. 52-69.

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.

En esta porción del artículo 16, CPEUM, se habilitó una medida cautelar restrictiva de la libertad, que puede tener una duración máxima —incluyendo su prórroga— de ochenta días. Su concesión depende de la solicitud que realice el agente del Ministerio Público (de la Federación) en la que se justifique que la medida es necesaria: i) para el éxito de la investigación; ii) para la protección de personas o bienes jurídicos, o iii) por existir riesgo de evasión.

Esta medida cautelar recibió un tratamiento particular dentro del apartado de disposiciones transitorias del decreto de reforma constitucional de 2008; concretamente, por la vía del artículo décimo primero, que textualmente indica:

En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

De acuerdo con esta disposición transitoria, el arraigo (domiciliario) era una medida cautelar que sólo se podría utilizar en delitos graves —del orden común o federales— en tanto entraba en vigor el sistema procesal penal acusatorio y oral. En consecuencia, al ponerse en marcha de forma integral el nuevo sistema procesal penal (18 de junio del 2016), el arraigo sólo podrá utilizarse en casos de delincuencia organizada, esto es, conforme al artículo 16, CPEUM.

Por principio de cuentas, hay que reconocer que no se trata de una figura novedosa dentro de la geografía legislativa nacional, pero sí de un instrumento legal que ha adquirido rango constitucional, y que está dispuesto —en exclusiva— para la investigación de ciertos sectores de la criminalidad. En efecto, desde 1996 la figura se encontraba alojada en el artículo 12, LFDO. La reforma constitucional de junio de 2008 simplemente la elevó a rango constitucional. Por esa razón, el artículo 12, LFDO, debió ser ajustado al texto de la reforma mediante decreto publicado en el *DOF* el 23 de enero de 2009.

La cuestión a debatir en torno a esta figura procesal era —sobre todo a partir de la publicación del CNPP y del contenido de su artículo cuarto transitorio que marcaba una excepción derogatoria con respecto a la LFDO— cuál debía ser la ley procesal penal mediante la cual habrían de desahogarse los presupuestos que el propio artículo 16, CPEUM, recogía para la concesión del arraigo. Entre otros, interesaba resolver cuál era la autoridad judicial encargada de recibir y evaluar la solicitud ministerial de arraigo y, en su caso, resolver sobre su procedencia, así como, en el ámbito de los presupuestos que lo habilitan, cuál es la investigación cuyo éxito se persigue y que se ocupa como base para la solicitud de la medida cautelar.

Al respecto, conviene señalar que el artículo 155, CNPP, que contiene el listado de las medidas cautelares, no se refiere al arraigo, sino sólo reconoce dentro de ese catálogo (fracción XIII) el resguardo del inculcado *en su domicilio* con las modalidades que el juez disponga. Esta disposición coincide —en su naturaleza y efectos— con el desaparecido arraigo domiciliario, que, también como medida cautelar, podía utilizarse para dar continuidad a la investigación ministerial en delitos graves, de conformidad con el artículo décimo primero transitorio del decreto de junio de 2008.

Sin embargo, dada la temporalidad de la disposición transitoria que habilitaba —durante la *vacatio legis* de la reforma de 2008— el arraigo domiciliario, la medida cautelar de *resguardo domiciliario* resulta inconstitucional al día de hoy, por comportar una restricción a la libertad personal equivalente al desaparecido arraigo (domiciliario).

En cuanto al arraigo en materia de delincuencia organizada, el CNPP no incluye disposición alguna que lo regule.

Ahora bien, en cuanto a la autoridad judicial encargada de resolver sobre la petición del Ministerio Público, el CNPP, concretamente en su artículo 167, párrafo primero, señala:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

De acuerdo con este artículo, el juez de control es la autoridad judicial encargada de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares de prisión preventiva y de resguardo domiciliario, que sólo pueden solicitar-



se excepcionalmente. Pero el resguardo domiciliario no podía entenderse equivalente a un arraigo en materia de delincuencia organizada. Y es que el artículo 16, CPEUM, no dispone un arraigo domiciliario, sino que descarga en la *ley* el señalamiento de “las modalidades de lugar y tiempo” bajo las cuales deba desarrollarse la medida cautelar.

Por tratarse de una cuestión exclusiva del régimen especial para la investigación y persecución de la delincuencia organizada, la *ley* a que se refiere el artículo 16, CPEUM, no puede ser otra que la LFDO. En su artículo 12, la LFDO indicaba que la medida cautelar de arraigo podría dictarse “con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud”, esto es, que no se trataba de una medida cautelar que debiera tener lugar en el *domicilio* del inculpado, sino en el sitio que al efecto señalara el Ministerio Público en su solicitud.

Así, difícilmente podía extenderse la competencia de los jueces de control para conocer y resolver sobre una medida cautelar de arraigo en materia de delincuencia organizada.

Por lo demás, en relación con *el éxito de la investigación*, que es uno de los presupuestos cuyo cumplimiento habilita al Ministerio Público para solicitar la medida cautelar, no se incluye precepto alguno en el CNPP que indique si la medida cautelar puede ser solicitada durante la investigación inicial o si, por el contrario, ha de esperarse la llegada de la audiencia inicial. Esta cuestión es de la mayor importancia si se tiene en cuenta que en el sistema procesal penal mixto (o también llamado *tradicional*), el arraigo era una medida cautelar que se autorizaba sin que mediara debate; por tanto, sería natural (y lógico) pensar en una solicitud de arraigo que se formulara durante la investigación inicial, cuya procedencia habría de resolver un juez de control.<sup>7</sup> Empero, se trataría de un juez de control que no estaba, como se ha visto, facultado para ello por el CNPP. Además, ese juez de control se estaría ocupando de resolver una solicitud ministerial de medida cautelar de arraigo sin que el imputado tuviera oportunidad de alegar.

Si la opción fuera, en cambio, debatir la medida cautelar de arraigo durante la audiencia inicial, la prisión preventiva oficiosa que reconoce el artículo 19, CPEUM, para los casos de delincuencia organizada, produciría la innecesariedad e inutilidad del arraigo, por cumplir, materialmente, el mismo propósito: otorgar mayor tiempo al Ministerio Público para continuar con la investigación.

En definitiva, el CNPP guarda silencio en relación con el trámite que debía darse a esta medida cautelar. Máxime si sucede, como en este caso,

<sup>7</sup> Véanse, en su texto reformado, los artículos 12 y ss., LFDO.

que el artículo cuarto transitorio del decreto con el que se publicara el CNPP se desmarca de todas aquellas disposiciones vinculadas con el tratamiento penal de la delincuencia organizada.

#### IV. EL COLABORADOR DE LA JUSTICIA

El crecimiento exponencial de la criminalidad organizada, así como la gravedad y frecuencia de los delitos que comúnmente la acompañan, hizo necesaria la creación de un régimen punitivo especial, que se dio a conocer el 7 de noviembre de 1996 con la publicación de la LFDO. En este régimen de excepción se incrustó la conocida figura del colaborador de la justicia.

Después de la reforma de junio de 2008, la figura del colaborador de la justicia apareció incluida en el artículo 20, CPEUM, concretamente, en su apartado “B”, fracción III, párrafo segundo. Su incorporación dentro del apartado “B” del artículo 20, CPEUM, obedece a las modificaciones que dicho numeral sufrió como consecuencia del decreto.

Así es, el artículo 20 constitucional recibió una de las modificaciones más significativas de la reforma constitucional. A partir de ese momento, este artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos se integran los principios generales (y reglas) del proceso penal acusatorio. Las garantías del inculcado —que aglomeraba su entonces apartado “A”— se ubican como derechos de toda persona imputada en el nuevo apartado “B”; mientras que los derechos de la víctima u ofendido se trasladan al nuevo apartado “C”.

En el nuevo artículo 20 constitucional se aprecian referencias concretas a la delincuencia organizada. Una de ellas se encuentra, precisamente, en su apartado “B”, fracción III, párrafo segundo, que prevé la figura del colaborador de la justicia:

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.

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

La figura en sí misma, tanto como el arraigo, no es tan novedosa en nuestro orden jurídico nacional, sobre todo porque las hipótesis de colaboración con la autoridad —tanto como los beneficios que por éstas se pueden conceder— ya se encontraban previstas en la LFDO desde su entrada en vigor en 1996.

Estas fórmulas de colaboración con la autoridad han sido vistas, tradicionalmente, como una apuesta político-criminal, a través de la cual se persigue la obtención de información potencialmente privilegiada para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos en materia de delincuencia organizada. La actual previsión constitucional implica, sin duda, elevar a rango supremo los beneficios que se pueden obtener por colaboración con la autoridad, especialmente conforme a los artículos 35 y 36, LFDO.

Así, desde el texto constitucional se dispone que todo imputado podrá gozar de los beneficios que prevea la ley cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de la delincuencia organizada. Dicho de otra manera, en 2008 se constitucionalizó la posibilidad de conceder beneficios a quienes poseyendo, fundamentalmente, el carácter de imputado, colaboren con la autoridad en la persecución penal de la criminalidad organizada.

Este recurso a la colaboración con la autoridad ha encontrado cabida en diversas legislaciones y, ciertamente, al margen de sus implicaciones sustantivas y procesales —que no son pocas si se miran desde la óptica del irrestricto respeto del cuerpo de garantías que contempla la CPEUM en materia penal y procesal penal—, permite a las autoridades investigadoras, obtener información sobre la estructura, funcionamiento y operaciones de estos grupos criminales, siempre a cambio de la concesión de puntuales *beneficios* penales a favor del delincuente denominado *arrepentido*.<sup>8</sup>

De esta forma, se confirma la referida apuesta político-criminal a través de la cual se busca incentivar la disociación del imputado —no siempre espontánea—, respecto de la organización a la que hubiera pertenecido o con la que hubiera colaborado.

De forma complementaria con la separación del grupo, se suele requerir la colaboración del imputado, que, a cambio de alguno de los beneficios que señala la LFDO, aporta elementos de prueba que facilitan la investiga-

---

<sup>8</sup> Por influencia italiana se ha denominado *arrepentido* a aquel sujeto que, en su carácter de procesado o sentenciado por alguno o algunos de los delitos que así lo prevén, colabora con la autoridad para la identificación y captura de otros delincuentes, así como para la identificación y desarticulación de las bandas o grupos organizados a los que hubiera pertenecido o con los que hubiera colaborado. Véase, ampliamente, Ochoa Romero, Roberto Andrés, *op. cit.*, nota 2, pp. 73 y ss.

ción, detención, persecución, procesamiento y sanción de otros miembros de la delincuencia organizada, o bien de otros grupos criminales a los que hubiera pertenecido o con los que hubiera colaborado. La previsión permite, en definitiva, que la autoridad investigadora reciba información *potencialmente* privilegiada sobre la estructura, actividades y funcionamiento de diversas organizaciones criminales.

Los beneficios a que podía aspirar el colaborador de la justicia —de acuerdo con lo que disponía el artículo 35, LFDO, antes de la reforma de 2016—, podían producirse en diferentes momentos o etapas procesales, y siempre que se solventaran los presupuestos previstos para cada uno de ellos. De forma tal que los beneficios se graduaban según si la colaboración tuviera lugar durante la averiguación previa, durante el proceso penal, o bien en sede de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En efecto, la concesión de los beneficios que reconocía la LFDO estaba supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos: por ejemplo, la comparecencia ante las autoridades con reconocimiento de los hechos en que se hubiera participado y, además, la colaboración activa con éstas a los efectos de identificar y detener a otros implicados. Incluso, en la mayoría de las legislaciones que prevén la figura se exige coadyuvar *eficazmente* a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o bien para impedir la actuación o el desarrollo de otras organizaciones o grupos criminales a los que se haya pertenecido o con los que se hubiera colaborado.

Pues bien, con independencia de las consecuencias que esta estrategia comporta desde la perspectiva de las garantías constitucionales penales, en algunas experiencias ha dado grandes resultados, por ejemplo en Italia, país del que proviene mayoritariamente su regulación.<sup>9</sup>

No obstante, la institución ha sido blanco de diversas y muy severas críticas por parte de la más calificada doctrina penal y procesal penal, particularmente por lo que ha supuesto, en el plano procesal, la asignación de una desmesurada potencialidad probatoria a los elementos de convicción proporcionados por el colaborador, lo que ha constituido —y efectivamente así ha sucedido en múltiples ocasiones— una flagrante vulneración del derecho a la presunción de inocencia,<sup>10</sup> y, en general, de otros principios fundamentales del proceso penal moderno.

---

<sup>9</sup> Pavarini, Massimo, “Lucha contra la criminalidad organizada y «negociación» de la pena”, *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, Buenos Aires, 2001, p. 24.

<sup>10</sup> Como señala González Cussac, “de la configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia deriva la interdicción de las presunciones *iusuris tantum* e *iusuris et de iure*

Efectivamente, la problemática producida por el uso y abuso de los *arrepentidos* en el sistema penal conduce a la íntima imbricación que existe entre cuestiones penales de carácter sustantivo, y que en definitiva tienen relevancia político-criminal, y suponen una apuesta legislativa cargada de sentido político, y otra suerte de problemática, así se reitera, completamente interconectada, cual es la estrictamente procesal penal, y que forma parte de la más amplia teoría de la prueba; en concreto, cuestiones como la admisibilidad y valoración de la misma, y que, consistiendo en la admisibilidad y la valoración de la declaración del coimputado que señala a otro como coautor o partícipe en una actividad delictiva, representa infinidad de problemas valorativos.

A pesar de todo ello, la reforma constitucional de 2008 incorporó en el texto del artículo 20, apartado “B”, fracción III, la posibilidad de obtener beneficios por colaboración con la autoridad en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada.

Los beneficios —que no son poca cosa desde la perspectiva penal y procesal penal—, pueden consistir:<sup>11</sup> i) en la renuncia a la persecución de los hechos imputables al colaborador, cuando éstos se descubran por virtud de su participación en la investigación (averiguación previa); ii) en una reducción de hasta dos terceras partes de la pena que le correspondería por los delitos cometidos, cuando la derrama de información tenga lugar durante la tramitación de una averiguación previa y sea suficiente para consignar a otros miembros de la criminalidad organizada; iii) en la reducción de hasta una mitad de las penas que le corresponderían al colaborador por los delitos

---

respecto de los hechos. De modo que, con independencia del tipo de delito de que se trate, como señalara la STC 87/2001, de 2 de abril «en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia». Por ello, “en sede de presunción de inocencia debe hacerse referencia al «enemigo arrepentido» y en particular al valor probatorio de sus testimonios como prueba de cargo, debiéndose considerar los beneficios legales obtenidos a cambio. Ya el TEDH calificó como «testigo sospechoso» a aquél que obtiene ventajas al declarar en un determinado sentido, y por ello viene exigiendo que las declaraciones de éstos tengan que ser corroboradas por otras pruebas”. González Cussac, José Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

<sup>11</sup> Según texto de la LFDO anterior a la reforma de 2016.

por los cuales se le sigue el proceso penal, cuando los elementos aportados constituyan pruebas *ciertas, suficientes* para sentenciar a otros sujetos con funciones de administración, supervisión o dirección de la organización criminal, y iv) en la remisión parcial de la pena privativa de la libertad hasta en dos terceras partes cuando el colaborador sentenciado facilite pruebas *ciertas, suficientemente* valoradas por el juez, para condenar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, supervisión o dirección.

Además, en la LFDO se prevé un régimen diferenciado de ejecución penal para aquellos miembros de la delincuencia organizada que hayan prestado ayuda eficaz en la persecución del delito y, especialmente, que hayan colaborado en el procesamiento de otro u otros de sus miembros a través de cualquiera de las modalidades colaborativas que establece la ley. Así, los colaboradores de la justicia podrán compurgar las penas que se les impongan en establecimientos penitenciarios distintos a aquellos en donde se encuentren otros miembros de la delincuencia organizada no colaboradores; podrán acceder al régimen de libertad preparatoria y de condena condicional, así como a otros beneficios en el ámbito de la ejecución penal.

En definitiva, la reforma constitucional de 2008 insertó en el artículo 20, apartado “B”, fracción III, CPEUM, la previsión de un régimen diferenciado de tratamiento penal y procesal penal que privilegia a quienes deciden colaborar con la autoridad a cambio de obtener los beneficios que precisa la ley, los cuales se traducen, según se ha dicho, en importantes reducciones de las penas que les corresponderían por los delitos cometidos, o bien en puntuales beneficios de orden penitenciario.

La previsión de tal posibilidad y, lo que es más, su elevación a rango constitucional, oficializan el premio a la colaboración para quien se encuentra involucrado en una investigación o, en su caso, en un proceso penal, por los delitos a los que se ciñe la LFDO. Pero como la obtención de los diferentes beneficios está condicionada al mayor o menor cúmulo de información que pueda aportar el (ex) miembro de la delincuencia organizada, se produce un amplio e indeseable margen de maniobra y de negociación de la responsabilidad penal, que privilegia a quien más sabe, y quien más sabe es, precisamente, el director, administrador o supervisor de la organización criminal; esto es, aquellos a quienes la LFDO sanciona con mayores penas de prisión.

Y es precisamente esa posibilidad de negociar *oficialmente* la responsabilidad criminal y de beneficiar a quien más sabe, lo que hace cuando menos cuestionable la necesidad de su previsión constitucional.

Por lo demás, la operatividad de las diferentes hipótesis del artículo 35, LFDO, dependía de la manufactura misma del proceso penal. En su texto anterior a la reforma de 2016, los beneficios previstos en el artículo 35, LFDO, dependían: i) de la inexistencia de una averiguación previa en contra del colaborador; ii) de la existencia de una averiguación previa en contra del colaborador; iii) de su colaboración durante el proceso penal, o bien, iv) de su colaboración durante la ejecución penal.

Al respecto, era necesario resolver cómo podrían producirse tales supuestos de colaboración con la autoridad en el nuevo sistema procesal penal y, muy concretamente, a través del CNPP. Para ilustrar esta cuestión, se tomará como marco legal de referencia el contenido de los artículos 35 y 36, LFDO, en su texto anterior a la reforma de 2016:

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

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

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

### 1. *La fracción I del artículo 35*

Para que pudiera ser otorgado el beneficio a que aludía la fracción I del artículo 35, LFDO, se requería que no existiera averiguación previa en contra del colaborador. Así, los elementos de prueba que aportara, o bien

los que derivaran de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serían tenidos en cuenta en su contra. Se trataba, básicamente, de incentivar la entrega de información a cargo del colaborador, a cambio de una patente de impunidad.

Por principio de cuentas, el procedimiento penal de averiguación previa deja de existir (con todas sus implicaciones) en el nuevo sistema de justicia penal. El instrumento material que aglomera las constancias de la investigación recibe ahora el nombre de carpeta de investigación. En ésta se incorporan todos aquellos antecedentes de investigación desde los cuales se pueden derivar los datos de prueba que permiten, en su caso, el ejercicio de la acción penal.

Pero al margen de su denominación —que es, sin duda, lo menos importante— era necesario resolver cómo articular, en el nuevo sistema de justicia penal, un caso de colaboración con la autoridad como el que aquí se planteaba.

A diferencia del proceso penal mixto o tradicional en el que la investigación del delito se realizaba de forma integral durante el procedimiento de averiguación previa, la investigación del delito en el nuevo sistema de justicia penal se desarrolla en dos fases: i) investigación inicial, y ii) investigación complementaria.<sup>12</sup>

La investigación inicial arranca con la presentación de la denuncia o querrela sobre un hecho que la ley señale como delito, o bien con la puesta a disposición de una persona por virtud de haber sido detenida en el momento de estar cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. Para llegar a la investigación complementaria, hace falta que el Ministerio Público ponga el asunto en manos del juez de control correspondiente y, además, se hayan llevado a cabo los actos procesales propios de la audiencia inicial.

En estas condiciones, la hipótesis del artículo 35, fracción I, LFDO (en su texto anterior), sólo podía presentarse en los casos en que no existiera ninguna investigación criminal alguna (carpeta de investigación) en contra del colaborador.

Sin embargo, todavía hacía falta definir qué habría de entenderse por “elementos de prueba”. Evidentemente, no podía tratarse de *pruebas* en sentido estricto, pues éstas sólo pueden desahogarse en la audiencia de juicio. Además, si la derrama de información se realizaba frente al agente Minis-

---

<sup>12</sup> Véase, artículo 211, fracción I, CNPP.



terio Público, éste no tendría facultades para decidir si la información que entrega el colaborador tiene la categoría de *elemento de prueba*.<sup>13</sup>

Así, el beneficio previsto en esta fracción sólo podría verificarse si el colaborador decide acudir ante el Ministerio Público para entregar la información que permitiera el inicio de una investigación criminal. Por tanto, se trataba de una *notitia criminis*, a la que se podían acompañar ciertos elementos (por ejemplo, documentos) de los que se pudieran derivar datos de prueba.

## 2. La fracción II del artículo 35

En el caso de la fracción II del artículo 35, LFDO, se requería de la existencia de una averiguación previa en la que el colaborador estuviera implicado. Como ya se dijo, el procedimiento penal de averiguación previa deja de existir en el nuevo sistema de justicia penal.

En esta fracción se exigía que el colaborador aportara *indicios* para *consignar* a otros miembros de la delincuencia organizada. En efecto, aquí se requería que el colaborador aportara información que resultara útil para ejercitar la acción penal en contra de otros miembros de la criminalidad organizada.

En este caso, se podía pensar en que la colaboración con la autoridad debía desarrollarse durante la etapa de investigación inicial, dado que el beneficio se condicionaba a la *consignación* de otras personas. Sin embargo, el supuesto no se refería exclusivamente a consignar a quienes se encuentren involucrados con el colaborador en la misma investigación. Al contrario, se dejaba abierta la posibilidad para que los *indicios* que aportara el colaborador permitieran ejercitar la acción penal en cualquier otra indagatoria, siempre que existiera una investigación en la que el colaborador estuviera implicado.

---

<sup>13</sup> Es importante señalar que el artículo 20, apartado “B”, fracción V, párrafo segundo, CPEUM, señala que “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 inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra”. En este sentido, era posible que las manifestaciones que realizara el colaborador, así como otras actuaciones que pudieran realizarse a propósito de su colaboración, pudieran tener valor probatorio *anticipado* durante la etapa de investigación (inicial). Sin embargo, se trataba, igualmente, de una cuestión que no desarrollaba el CNPP y, por ello, se desconocía —entre otros— cuáles pudieran ser los casos en que las actuaciones *no pudieran ser reproducidas en juicio*.

De suerte tal que la colaboración con la autoridad ministerial podría tener lugar en cualquiera de las dos etapas de la investigación, aun cuando el beneficio quedara condicionado a que, formalmente, se ejercitara la acción penal en contra de otros miembros de la delincuencia organizada.

Ahora bien, el beneficio consistía en la aplicación de una circunstancia atenuante específica, que *podía* producir una reducción de hasta dos terceras partes de las penas que le corresponderían al colaborador por los delitos cometidos. Evidentemente, el beneficio sólo podía tener lugar una vez que se hubiera declarado la responsabilidad penal del colaborador en la etapa de juicio. Así, resultaba muy cuestionable —desde el principio de imparcialidad judicial—, que la autoridad que se beneficia de la información (en este caso el Ministerio Público de la Federación) no fuera la que concediera el beneficio. Muy por el contrario, se trataba de una cuestión que el Ministerio Público habría de poner en manos del juez de control para su incorporación en el auto de apertura a juicio.

Lo que es más, la cuestión habría de ser discutida durante la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño, toda vez que la concesión del beneficio quedaba supeditada a la decisión del juez. Y sería sólo el juez de sentencia el que podría ponderar, escuchando al Ministerio Público, si aprecia en el caso concreto una circunstancia atenuante específica y, por tanto, concede la reducción de la pena hasta en dos terceras partes.

En definitiva, la autoridad que está llamada (constitucionalmente) a conceder el beneficio, no es la que recibía y utilizaba la información que aportaba el colaborador. La concesión del beneficio exigía, por tanto, que el agente del Ministerio Público comunicara al juez de sentencia tal circunstancia, a los efectos de que éste decidiera si debía apreciarse la circunstancia atenuante.

Por último, la fracción II del artículo 35, LFDO, podía encontrarse en el camino con el supuesto del artículo 256, fracción V, CNPP. Así es, el artículo 256, fracción V, CNPP, recoge un supuesto de colaboración con la autoridad en clave de criterio de oportunidad:

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

...

V. Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio;

En este supuesto, la colaboración eficaz con la autoridad para la persecución de un delito más grave —acompañada de la detención de un imputado diverso— puede traer consigo la extinción de la acción penal. De tal suerte que si la información que aportaba el colaborador permitía la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada (artículo 35, fracción II, LFDO, en su texto anterior) y, posteriormente, se lograba su detención, cabía la posibilidad de que se aplicara el artículo 256, fracción V, CNPP, en lugar (o en perjuicio) del 35, fracción II, LFDO. Esta situación se mantiene con la actual regulación.

La cuestión a debatir era, nuevamente, el artículo transitorio cuarto del decreto del 5 de marzo de 2014. En esta disposición se dice que el CNPP no deroga las disposiciones relativas al tratamiento penal de la delincuencia organizada. ¿Debía (y debe), por esa razón, aplicarse una circunstancia atenuante específica en lugar de una causa de extinción de la acción penal?

### 3. *La fracción III del artículo 35*

La fracción III del artículo 35, LFDO, preveía un supuesto de colaboración con la autoridad durante el proceso penal.

En el nuevo sistema de justicia penal —de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 211, párrafo tercero, CNPP—,<sup>14</sup> el proceso da inicio con la audiencia inicial, y concluye con la emisión de la sentencia firme. Por tanto, este supuesto de colaboración podía tener lugar a partir de la audiencia inicial.

La colaboración que se exigía en esta fracción consistía en aportar “pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión”. El beneficio, por su parte, podía consistir —según lo decidiera el órgano jurisdiccional— en una reducción de hasta una mitad de las penas correspondientes a los delitos por los que se juzgara al colaborador.

<sup>14</sup> Véase artículo 19, párrafo quinto, CPEUM, y, artículo 170, fracción I, párrafo quinto, de la Ley de Amparo.

Llevada la cuestión al ámbito del nuevo sistema procesal penal, la colaboración habría consistido en aportar *pruebas ciertas* durante la investigación complementaria, en la etapa intermedia, o bien durante la etapa de juicio, pues todas ellas quedan dentro del proceso penal. En este sentido, hay que subrayar la imposibilidad de que el colaborador pudiera aportar *pruebas ciertas*, toda vez que éstas sólo pueden calificarse así cuando han sido desahogadas en la audiencia de juicio.

Por lo demás, las *pruebas ciertas* que aportara el colaborador debían ser *suficientes para sentenciar* a otros miembros de la delincuencia organizada que tuvieran funciones de supervisión, dirección o administración; esto es, quienes participaran en la toma de decisiones dentro de la organización. Si el beneficio quedaba, entonces, supeditado a la emisión de una sentencia (de condena) en contra de otros miembros de la criminalidad organizada, quien debería valorar tales *pruebas* era el órgano jurisdiccional, concretamente, el juez de la etapa de juicio.

Por tanto, si es válido aportar las designadas *pruebas ciertas* durante la etapa de juicio —por estar dentro del proceso penal—, se trataría de elementos de convicción que no fueron ofrecidos por ninguna de las partes con la oportunidad debida para trabar medios de prueba. Su desahogo en la audiencia de juicio sería, por tanto, ilegal. Si se observa la cuestión desde la perspectiva de un coimputado (cuando se trate de un compañero de proceso), se estarían valorando elementos de convicción que no fueron puestos a su disposición para preparar su defensa.

Finalmente, si las *pruebas ciertas* que ofreciera el colaborador durante la etapa de juicio tienen que ver con otros miembros de la delincuencia organizada que no enfrentan el mismo proceso que el colaborador, se estarían asignando a la autoridad judicial, funciones de investigación que, desde luego, no le corresponden, conforme al artículo 21, CPEUM.

#### 4. La fracción IV del artículo 35

En la última fracción del artículo 35, LFDO, se preveía la posibilidad de que un sentenciado colaborara con la autoridad.

La clave de colaboración que se exigía en esta fracción consistía en aportar “pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión”. El beneficio que se ofertaba en este supuesto consistía en la remisión parcial de la pena hasta en dos terceras partes de la privativa de la libertad que se le hubiera impuesto al colaborador.

Las *pruebas ciertas* que se exigían como presupuesto para la concesión del beneficio habrían de ser valoradas por el juez para dictar una sentencia en contra de otros miembros de la delincuencia organizada. Por tanto, este juez no podía ser otro sino el de la etapa de juicio. De tal suerte que el sentenciado aportaría pruebas ciertas —en cualquier proceso penal— para que, previa valoración que realizara el juez correspondiente, se emitiera una sentencia en contra de otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión.

El receptor de los elementos probatorios sería, directamente, el juez de la etapa de juicio; sin necesidad de que tales elementos fueran ofrecidos (formalmente) al proceso por alguna de las partes. Así, se asignarían a la judicatura, nuevamente, funciones de investigación. La concesión del beneficio, por su parte, tendría que haber sido evaluada por el juez de ejecución penal. De forma que, nuevamente, la autoridad que utilizara la información no sería la que finalmente decidiera si debe (o no) otorgarse el beneficio.

En estas condiciones, las violaciones al debido proceso legal y, muy particularmente, al régimen de incorporación de los elementos que puedan ser desahogados como prueba durante la audiencia de juicio, no se hacían esperar.

##### 5. *El particular supuesto del artículo 36, LFDO*

Dentro del grupo de supuestos de colaboración con la autoridad que recogía la LFDO en su texto anterior a la reforma de junio del 2016, se encontraba el artículo 36. En este numeral se preveía una peculiar hipótesis de colaboración en la que se involucraban (y mezclaban) los distintos actores del proceso penal:

En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le correspondieran hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

En este supuesto se requería, en primer lugar, que existieran pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colaborara con el Ministerio Público.

Se trataba, también, de una circunstancia atenuante específica que operaba bajo ciertos esquemas de colaboración, y que podía traer consigo la reducción de hasta tres quintas partes de la pena que le correspondería al colaborador por el delito cometido. En este supuesto se requería que el colaborador aportara información que, previa corroboración, condujera a la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que aquél.

Es evidente que, en este supuesto, se volvían a asignar funciones de investigación al órgano jurisdiccional. Y es que tendría que haber sido la autoridad judicial (juez de sentencia) la que, finalmente, habría de corroborar los elementos de convicción proporcionados por el colaborador ante el Ministerio Público, y determinar su relevancia para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada.

Como resulta evidente, la consecuencia de la colaboración debía ser la detención (y procesamiento) de otros miembros de la delincuencia organizada. Así, la viabilidad de la detención habría de definirla el juez sobre la base de la información que aportara el colaborador. Pero la detención de una persona no es una función que se tenga asignada a la autoridad judicial, lo que traía consigo un injustificado rompimiento del marco constitucional que la rige, con el solo pretexto del *combate* a la criminalidad organizada.

Por lo demás, el beneficio (atenuación de la pena) debía ser solicitado por el Ministerio Público de la Federación, y operaría, siempre y cuando, a criterio del órgano jurisdiccional, la información aportada se encontrara debidamente corroborada por otros elementos probatorios y fuera relevante para la detención y procesamiento de otros integrantes de la organización criminal de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Así, el Ministerio Público era la autoridad que recibía la información. Posteriormente, comunicaría dicha circunstancia al juez —que no podía ser otro que el de la etapa de juicio en tanto el beneficio habría de reflejarse en la sentencia—, para que éste a su vez verificara si la información se encontraba corroborada por otros *indicios de prueba* y si, por tanto, era relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada. De esta forma, se planteaba una suerte de negociación de la responsabilidad criminal que tenía lugar entre el colaborador, el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, lo que producía un evidente rompimiento del principio de tercioedad en la posición del juez.

Ahora bien, las condiciones que se planteaban para la aplicación de esta figura suponían la concesión de un importante beneficio para los colaboradores de mayor jerarquía dentro de una organización criminal.

Efectivamente, para que el cooperador pudiera prestar *ayuda eficaz* a los órganos de administración de justicia (a través del Ministerio Público), aportando elementos de particular importancia para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada *de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador*, debía tratarse de alguno de los principales dirigentes o *jefes* de alguna organización criminal, pues serían ellos los que poseyeran, en régimen de privilegio, datos potencialmente relevantes en contra de otros sujetos de mayor peligrosidad o jerarquía.

Como puede verse, la utilización de la figura no podía aceptarse sin reparos en el nuevo sistema de justicia penal. Y es que, en este caso, las funciones del Ministerio Público (de la Federación) se fundían y confundían con las del órgano jurisdiccional, lo que producía una franca violación, por lo menos, del artículo 21 párrafos primero y tercero, CPEUM.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha intentado resolver el sentido del artículo cuarto transitorio del decreto del 5 de marzo de 2014; especialmente, se ha querido definir si era desde el CNPP desde donde se habilitaría el tratamiento legal de los instrumentos legales de excepción previstos para los casos de delincuencia organizada.

El cuestionamiento era absolutamente válido en tanto la propia disposición transitoria cuarta señala que se derogan todas las normas que se opongan al decreto, “con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”. Al día de hoy puede verse que la respuesta a tal pregunta era negativa, pues han debido ajustarse, recientemente, un buen número de preceptos de la LFDO para dar salida a estas formas especiales de investigación del delito, sin acudir al diseño de un apartado especial dentro del CNPP.

Por tanto, si el CNPP es aplicable también para los casos de delincuencia organizada, las disposiciones (de excepción) contenidas en la LFDO deben tener, de alguna manera, capacidad de realización en el marco del nuevo sistema de justicia penal.

Pues bien, para resolver si es posible conjugar ambos ordenamientos (o sistemas), fueron seleccionadas dos instituciones propias del régimen punitivo especial para la delincuencia organizada, que al día de hoy cuentan con reconocimiento constitucional: i) el arraigo, y ii) la colaboración con la justicia.

En cuanto a la medida cautelar de arraigo, el CNPP no se refiere a ella en el catálogo de medidas de su artículo 155. Sin embargo, si se trata de una

medida cautelar, su procedencia habría de debatirse durante la audiencia inicial, y, de ser concedida, desarrollarse durante la investigación complementaria. Sin embargo, en ese supuesto se pulveriza la necesidad y utilidad de la figura, por razón de que, en casos de delincuencia organizada, el artículo 19, párrafo segundo, CPEUM, mandata la prisión preventiva oficiosa que, materialmente, tendría los mismos efectos que el arraigo.

Sin embargo, el arraigo no fue concebido en ese sentido, sino que originalmente se visualizó como un mecanismo de tránsito entre la averiguación previa y el proceso penal, que permitiera al Ministerio Público, continuar con la investigación antes de acudir ante el órgano jurisdiccional para dar inicio al proceso. Sobre todo, se trata de un mecanismo que permite asegurar al inculpado —con las consecuencias que ello comporta desde el principio de presunción de inocencia— para, posteriormente, ponerlo a disposición de la autoridad judicial mediante una orden de aprehensión. La cuestión, por tanto, no parece encontrar cabida en el nuevo sistema de justicia penal.

La segunda institución que ha sido objeto de análisis es la colaboración con la justicia. Esta figura fue incorporada al texto constitucional mediante decreto del 18 de junio de 2008. El mismo decreto que estableció en nuestra norma suprema los principios y las reglas del proceso penal acusatorio y oral.

En el mismo contexto, se ha querido verificar si los distintos supuestos de colaboración con la autoridad que aglomeran, concretamente, los artículos 35 y 36, LFDO, pueden desarrollarse dentro de los márgenes que dispone el nuevo sistema de justicia penal. La propuesta legislativa que se coloca en la fracción I del artículo 35, LFDO, parece no tener problemas en la práctica, pues se trata de una patente de impunidad.

Sin embargo, en lo que respecta al resto de las fracciones del mismo artículo 35, LFDO, la asignación de beneficios en clave de reducción de las penas a modo de circunstancias atenuantes específicas, o bien de remisión parcial de la pena, compromete el debido proceso en el ámbito de la prueba y asigna funciones de investigación a la judicatura.

En efecto, cuando ha de ser el juez la autoridad que defina si la derrama de información que se exige al imputado en clave colaboracionista es o no suficiente para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada, o bien si la información se encuentra corroborada con otros indicios de prueba para efectos de detener y procesar a otros sujetos de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador (artículo 36, LFDO), se difumina la imparcialidad judicial y se alteran las funciones que vocacional y constitucionalmente le corresponden a la judicatura.



El nuevo sistema de justicia penal no reconoce (ni pretende habilitar), aun en los casos de excepción, jueces inquisidores.

Las dificultades que se presentan al momento de trazar una línea de correspondencia entre los principios y reglas del sistema procesal penal de corte acusatorio y oral, con los instrumentos legales especiales dispuestos para la investigación, persecución, procesamiento y sanción de los delitos que se comenten en el seno de la criminalidad organizada, son obvias. Y son obvias en tanto tales instrumentos de excepción se conciben dentro de una estrategia político-criminal de lucha o de guerra, y por ello forman parte de la más pura estrategia legislativa de emergencia, mientras que el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal pretende privilegiar los derechos dimanantes de la dignidad humana.

En definitiva, la incorporación del CNPP al régimen de supletoriedad a que alude el artículo 7o. LFDO —en sustitución del Código Federal de Procedimientos Penales—, puede acarrear serias violaciones a los principios sobre los que descansa el nuevo sistema procesal penal. Habrá que esperar, en el corto y mediano plazo, las respuestas del Poder judicial de la Federación para resolver si las nuevas disposiciones de la LFDO solventan las inconsistencias interpretativas (y aplicativas) que se advirtieron, durante más de dos años, entre ésta y el CNPP.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUERDA ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, “Emergenza penale e crisi della giuridizione”, *Dei Delitti e delle pene*, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1984.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en Gonzá-

- lez Rus, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El delito de delincuencia organizada. Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1989.
- MUSCO, Enzo, “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, trad. de Virginia Sánchez López, *Revista penal*, julio de 1998.
- OCHOA ROMERO, Roberto Andrés, *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, Ángel Editor, 2006.
- PADOVANI, Tullio, “La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento””, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981.
- PAVARINI, Massimo, “Lucha contra la criminalidad organizada y «negociación» de la pena”, *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Virgolini, Julio E. S. y Slokar, Alejandro W. (coords.), Buenos Aires, 2001.
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, Edersa, 1996.
- VERCHER NOGUERA, Antonio, “Terrorismo y reinserción social en España”, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 2, 1994.