

¿Asociación delictuosa o delincuencia organizada? El ejercicio de la acción penal pública: entre el principio de legalidad y la discrecionalidad corrupta

*Ignacio Becerra Saucedo**

Dos casos diferentes pero similares: ¿coincidencia o costumbre? (planteamiento del problema)

El 13 de octubre de 2016, a la otrora Procuraduría General de la República (PGR) se le obsequió una orden de aprehensión en contra de Javier Duarte de Ochoa por su probable participación en los hechos que la ley señala como delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (OR-PI) y Delincuencia Organizada (DO). Bajo estos antecedentes, el ex gobernador de Veracruz huyó del país, siendo capturado en Guatemala el 15 de abril de 2017, y extraditado a México el 17 de julio del mismo año, después de allanarse a la petición del Gobierno mexicano, que le imputó por conducto de la PGR la comisión de los referidos injustos penales, siendo vinculado por los mismos hechos ilícitos el 22 de julio de

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana y del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

2017. Finalmente, el día 21 de agosto de 2018, la PGR reclasificó el hecho imputado de DO cuya punibilidad básica oscila entre 20 a 40 años de prisión, por el de Asociación Delictuosa (AD) con una punibilidad primaria de 5 a 10 años de prisión, por lo cual, Javier Duarte aceptó el procedimiento abreviado por los delitos de ORPI y AD y fue sentenciado a nueve años de prisión y el pago de cincuenta y ocho mil quinientos noventa pesos 00/100 (\$58,590.00), el 26 de septiembre de 2018.

El 28 de mayo de 2019 la Fiscalía General de la República (FGR) obtuvo una orden de aprehensión en contra de Emilio Ricardo Lozoya Austin por su probable participación en los hechos que la ley señala como delito de ORPI, AD y Cohecho. Bajo estos antecedentes, el ex Director de Petróleos Mexicanos huyó del país y fue capturado en España el 12 de febrero de 2020 y extraditado a México el 16 de julio del mismo año, después de allanarse a la petición del Gobierno mexicano, que le imputó por conducto de la FGR la comisión de los referidos injustos penales, siendo vinculado por los mismos hechos ilícitos el 28 y 29 de julio de 2020, por los casos de Agronitrogenados y Odebrecht respectivamente aplicándose como medidas cautelares el uso de un brazalete electrónico, la firma quincenal ante la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y el retiro de su pasaporte, sin la aplicación de la prisión preventiva.

Como podemos observar en el primer caso, existió una reclasificación de los hechos, los cuales habían sido calificados preliminarmente como DO sustituyéndose posteriormente por

AD, lo que implicaba una disminución en la punibilidad del ilícito. En el segundo caso, nunca se imputó el hecho bajo la figura típica de DO que enlazaba la hipótesis legal de prisión preventiva oficiosa, sino por el de AD.

Las dubitaciones legales son amplias hacia la función del Ministerio Público Federal en estos casos, siendo algunas de ellas las siguientes: ¿Por qué se realizaron esas clasificaciones jurídicas que generan beneficios procesales y sustantivos de carácter penal al imputado? ¿Es por una discrecionalidad legal? ¿Corresponde a una correcta gestión de los casos? ¿Existe una indebida clasificación y taxatividad de los hechos? ¿Se viola el principio de oficiosidad y legalidad? ¿Hay justicia selectiva? ¿Se protegen intereses políticos? ¿Se sigue tolerando y fomentando la corrupción e impunidad legalmente? Las respuestas a bote pronto probablemente ya existan, no obstante, hagamos análisis de los elementos legales para dar una respuesta objetiva.

Asociación delictuosa y delincuencia organizada (convergencias y diferencias)

Hoy en día, la gran mayoría de los doctos penales nacionales señalan que delito es una conducta típica, antijurídica y culpable; asimismo, es común tener referencias a nivel de doctrinario y académico de que la tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo penal.¹ Y aun cuando el Código Penal

¹ Según el *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo VIII, México IJ, UNAM, 1984, p. 281, "...la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa. Por ello, en derecho

para la Ciudad de México (CPCDMX) en su Art 29 haya hecho eco al aberrante numeral 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), bajo la idea de que conducta y tipicidad son un solo elemento, motivado en los argumentos de autores como Enrique Díaz Aranda,² al final se termina reconociendo la existencia de un juicio de tipicidad.

Particularmente y en un sentido más garantista y procesal que dogmático, el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. En esta concepción pentatómica, existe un núcleo fáctico (acción como movimiento corporal voluntario) al cual se le realizan cuatro juicios legales (de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad). Esto implica que la acción al ser fáctica es particular, concreta, temporal y recibirá juicios basados en normas generales, abstractas y permanentes. Esta significación, criticable para algunos, es el cimiento para generar, y más con base en el problema planteado, un concepto distinto de tipicidad.

Entonces la tipicidad no es la adecuación de la acción al tipo penal, sino a la inversa. Y esto no es una simple operación conmutativa, cuyo orden de los factores no altera el producto. Al ser la acción algo fáctico que realiza un sujeto determinado en un espacio y lugar específico, esta es inmutable y no debe ser alterada; no sólo para efectos de la garantía de

penal se dice que un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal”.

² Cfr. Enrique Díaz Aranda, *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México*. México, UNAM-STRAF, 2015, pp. 49-50.

legalidad y taxatividad, sino para los aspectos procesales y probatorios específicos. La acción, por lo tanto, es única. Por su parte, el tipo penal es la descripción de una conducta (acción u omisión) realizada por el legislador (garantía de legalidad en sentido formal) a la cual le otorga una relevancia penal (punibilidad). Por lo tanto, esa conducta prescrita por la norma penal es general, abstracta y permanente, y al ser así requiere de un ejercicio exegético en atención a los propios elementos del tipo penal (normativos objetivos y normativos subjetivos) además de los ámbitos de validez temporal, material, espacial y personal.

Lo anterior implica que, para una acción particular, concreta y temporal, pueden existir varios tipos penales, dando lugar a un concurso de normas, derivando de ello que, para efectos de volver válida las garantías de taxatividad, estricto derecho y de exacta aplicación de la ley en materia penal³ y además de la garantía *in lato sensu* del *non bis in idem*,⁴ se debe definir y aplicar el tipo penal adecuado entre el universo de tipos penales que pueden tener relación con una acción *sui generis*.

³ “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, artículo 14.

⁴ Que conlleva no sólo la prohibición de no juzgar dos veces por el mismo hecho, sino de investigar y acusar.

Bajo esta problemática, planteemos una convergencia de normas en relación a la coautoría, agravantes y/o delitos autónomos, tomando para efecto del presente trabajo los dos casos planteados, en los cuales de manera genérica e hipotéticamente (sin comprobar aun, el segundo de ellos), estos personajes transfirieron recursos económicos provenientes del erario público a cuentas privadas propias y, mínimo, de otras dos personas.

Estos hechos pueden ser clasificados como los prevé el Código Penal Federal (CPF), en: Uso indebido de atribuciones y funciones (Art 217), Peculado (Art. 223), Enriquecimiento Ilícito (Art. 224) u ORPI (Art 400 bis). Aquí tal vez se presente un problema, en cuanto a la calificación de estos sucesos (a los cuales no me referiré de manera irresponsable por desconocer la carpeta de investigación y el procedimiento judicial en específico de ambos casos). No obstante, lo interesante está en saber si ellos se cometieron en Coautoría (Art 13, Fr. III),⁵ Pandilla (Art 164 bis),⁶ AD⁷ o DO.⁸

⁵ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 13. "Son autores o partícipes del delito: III.- Los que lo realicen conjuntamente [...]".

Esta figura de autoría implica que al menos dos sujetos activos se pusieron de acuerdo para la comisión del acto, dividieron funciones e hicieron una aportación necesaria e indispensable para la comisión del hecho concreto. Es una autoría en sentido amplio, y sólo puede ser de carácter dolosa, explicada a través de la teoría funcionalista del dominio del hecho. En el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, México, IJ, UNAM, 1983. En su acepción gramatical, coautor significa autor con otro u otros. Es decir, el coautor es también un autor que comparte o divide con otro una misma tarea. Para el derecho penal, coautor es aquel que conjuntamente

con otro u otros lleva a cabo la realización de un delito, en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la conducta típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores. p. 115.

⁶ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 164 Bis. “Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito”.

La descripción básica de esta agravante conlleva una pluralidad específica del sujeto activo (tres o más) un elemento normativo subjetivo específico (pertenencia a la pandilla) y una modalidad conductual (habitual, ocasional o transitoria). Según el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII, México, IIJ, UNAM, 1984: “El concepto de pandilla... se le ha insertado de manera forzada en el Libro Segundo, a continuación de la figura de asociaciones delictuosas... La pandilla... no es una figura delictiva, sino una regla tocante al concurso eventual de personas a un hecho punible, que como tal debería contenerse en el Libro primero... no se castiga al miembro de la pandilla por el solo hecho de *pertenecer* a ella, como ocurre, en cambio, con la asociación delictuosa, sino por *delinquir* en pandilla. Esta circunstancia tiene por efecto que se agrave la responsabilidad por los delitos cometidos, sumándose a la pena que ellos merecen la que la ley irroga por haberlos perpetrado en pandilla”. p. 28.

⁷ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 164: “Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa”. p. 215.

Esta descripción típica, implica un tipo penal autónomo, con una pluralidad específica del activo (tres o más personas), con dos elementos normativos subjetivos (el sentido de pertenencia a la banda y el propósito de delinquir). En el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, México, IIJ, UNAM, 1982. La palabra asociación, proviene del latín *sociatio*, que significa unión, compañía. Es acción y efecto de unir actividades o esfuerzos; colaboración; reunión; relación que une a los hombres en grupos y entidades organizadas; es la unión de dos o más personas con una finalidad determinada, como son del orden político, profesional, benéfico, religioso, mercantil, etc., pudiendo acontecer de manera específica que los fines perseguidos sean ilegítimos, en cuyo evento se origina la asociación delictuosa; dicese de estos grupos, que el conocimiento que se tienen entre sí sus integrantes contribuyen a la durabilidad de los mismos.

Del análisis de estas cuatro figuras (una como regla general de autoría, otra como agravante (pandilla) y otras como tipos penales autónomos muy similares, con diferencia en la finalidad del delito a ejecutar), queda claro que si el delito de ORPI se comete por dos personas, sería realizado en coautoría; si lo realiza un grupo de tres o más sujetos por única vez o en espacios de tiempos muy prolongados, se cometería en pandilla; pero si existiera un grupo de tres o más personas que se reúne de manera permanente ni siquiera para cometer ORPI, sino para planear la comisión de los mismos...¿será AD o DO? Para lograr dirimir este conflicto, tenemos que aplicar la herramienta metodológica de la dogmática penal en su apartado de concurso de normas. El cual a continuación se analizará.

Conflicto y concurso de normas penales

Como había comentado en líneas anteriores al referirme al concepto de tipicidad, a una acción se le pueden aplicar preliminarmente varias descripciones típicas, e independientemente de que se esté en un concurso ideal o real del hecho o

⁸ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada el 7 de noviembre de 1996 en el *Diario oficial de la Federación*; última reforma publicada el 19 de febrero de 2021, Artículo 2º: Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: Este tipo penal autónomo similar al de asociación delictuosa, se distingue por tener como finalidad un catálogo de delitos contemplados en el propio numeral segundo de dicha ley, operando la modalidad del *numerus clausus*.

delito continuado, pero atendiendo a las garantías constitucionales de taxatividad, estricto derecho y de exacta aplicación de la ley que rige en materia penal, a este hecho le es correlativo de manera definitiva sólo un tipo penal. Este criterio de aplicación se definirá a través de las reglas especiales de colisión de normas penales.⁹ Estas reglas o principios en orden de prelación son cuatro:

1. Especialidad.¹⁰
2. Consunción.¹¹
3. Subsidiariedad.¹²

⁹ Según Fernando Castellanos, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 2020: “En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto ... en el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cuál sea, pues varias tipifican el mismo hecho”. p. 299.

¹⁰ Contenido en el Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, artículo 6, precisa que: “[...] Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

¹¹ El tipo penal de mayor descripción o amplitud en su contenido excluirá a los de menor descripción. P. Ej.: Robo con violencia/ Robo y lesiones. Este principio tampoco encuentra fundamento legal en el CPF, pero en la legislación penal sustantiva para la Ciudad de México, Código Penal para el Distrito Federal, publicado el 16 de julio de 2002 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 22 de diciembre de 2017, en el numeral 13, Fr. II se define como: “La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance”.

¹² Existen dos clases: la propia (se aplicara la norma de menor pena por encima de la de mayor pena cuando la ley de manera expresa decreta dicha aplicación o de manera tacita por la aplicación de un criterio *pro homine*) y la impropia también denominada principio de alternatividad, donde se aplicara la norma de mayor pena desplazando a las de menor punibilidad) Al respecto en el CPF, no existe precepto legal alguno que

4. Alternatividad.¹³

En los casos planteados para su análisis, por respeto al principio de oficiosidad y legalidad, procesalmente sólo se puede aplicar el criterio de especialidad, aunque dogmática y académicamente también sería debatible la aplicación de un razonamiento de consunción y alternatividad, sin que esto signifique la subordinación del de especialidad como primera y única opción a otros, al menos que operen razones procesales y de política criminológica.

Esto implica que el Artículo Segundo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO) en la Fr. I, al contemplar como fin o resultado el delito de ORPI, en su *numerus clausus* y como uno de los delitos de DO, debe prevalecer sobre el de AD que es genérico. Ahora bien, esta exclusión de la AD no descansa en una hermenéutica tuerta y cerrada, sino en la propia evolución de la descripción típica de DO, como forma de autoría, agravante o tipo penal autónomo a nivel mundial, cambio que deriva, sociológica y estadísticamente, de las cifras de la criminalidad actualmente en México y el mundo. Así, haciendo eco de las cifras estadísticas, a nivel internacional, estas se plasman como realidades medibles y contables en el *top ten* de los delitos más lucrativos y

permita la aplicación de este criterio; no obstante, en el Código Penal para el Distrito Federal publicado el 16 de julio de 2002, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 22 de diciembre de 2017, en su artículo 13, Fr. III, se refiere a la subsidiariedad impropia.

¹³ Conocido también como subsidiariedad impropia, es regulado por el Art 13, Fr. III en los siguientes términos: “La principal excluirá a la subsidiaria”.

comunes según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito:¹⁴

1. Tráfico de drogas.¹⁵ 2. Trata de personas.¹⁶ 3. Tráfico ilícito de migrantes. 4. Tráfico ilícito de armas de fuego. 5. Tráfico ilícito de recursos naturales. 6. Comercio ilegal de flora y fauna silvestres. 7. Venta de medicamentos adulterados. 8. Delincuencia cibernética. 9. Lavado de dinero.¹⁷ 10.- Delitos contra la propiedad intelectual.¹⁸

¹⁴ United Nations Office on Drugs and Crime. "The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment", 2010. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

¹⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, "Informe Mundial sobre las Drogas 2011". <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/WorldDrugReport2011spanish.pdf>

¹⁶ El tráfico de seres humanos es uno de los problemas que se está incrementando de manera alarmante, en especial en el rubro de las mujeres con fines de explotación sexual. Este hecho se constituye por factores tales como: Víctimas provenientes de países pobres, con problemas étnicos, con incapacidad para denunciar por miedo a las represalias, por encontrarse prácticamente secuestradas o por miedo a la deportación.

¹⁷ Pues oculta el origen ilegal del mismo y permite romper con las reglas de competencia y generación de riqueza legítima en el mercado.

¹⁸ Desalienta la creación industrial, artística y científica de sus autores, permite que estos grupos contraten gente inmigrante para su producción y venta, sancionando sólo a estos últimos, facilita el lavado de dinero y produce en ocasiones hasta muertes, tal y como sucedió con las 142 personas que fallecieron en Panamá en el año 2008 que consumieron un jarabe expectorante suministrado por el Ministerio de Salud de dicho país, que fue comprado a su vez a una empresa farmacéutica española, quien a su vez compró a una empresa china, glicerina para la fabricación del medicamento, pero la compañía china de nombre "Fortune Way" encargó a un negocio mercantil chino la fabricación de dicha sustancia, a la cual por disminuir costos, agregó tóxicos mortales para la vida humana. Figura. José María Irujo, "Se buscan culpables por 142 muertes", *El país*, 21 de marzo de 2009. http://elpais.com/diario/2009/03/22/sociedad/1237676407_850215.html

El anterior listado de actividades ilícitas ha sido compactado en un sólo rubro: crimen organizado, el cual a su vez se divide en local, regional y transnacional. Bajo esta perspectiva, podemos dilucidar que dentro del fenómeno del *novi crimen* subyace el de la criminalidad organizada, que, para Antonio Ingroia, se clasifica en tres tipos de grupos: 1) organización del crimen colectivo; 2) las micro-organizaciones criminales, y 3) las macro-organizaciones criminales. Esta taxonomía socio-criminológica se plasmó en nuestro país a través de la figura agravante de la pandilla y de los tipos penales de AD y DO.¹⁹

Este modelo de criminalidad ha sido definido internacionalmente como “DO” en tres eventos:

- a) En la reunión de expertos sobre criminalidad organizada en la OIPC-INTERPOL en 1988, donde se afirma que es “cualquier asociación o grupo de personas que se dediquen a una actividad ilícita continuada y cuyo principal objetivo sea la obtención de beneficios, haciendo caso omiso a la existencia de fronteras nacionales”.
- b) El sistema de indicadores de la Unión Europea (grupo de trabajo “Droga y Crimen Organizado”), en el año 1997, no realiza una conceptualización en sentido directo, sino los caracteres que debe de poseer una organización para ser

¹⁹ Cfr. Antonio Ingroia, Conferencia: “Crimen Organizado, en especial en el delito asociativo de tipo mafioso como herramienta facilitadora de la prueba” en el Seminario Binacional de Derecho Penal: “Experiencias en el combate organizado Italia- México”, INACIPE, 25 y 26 de agosto de 2010.

considerada como criminal. Son 11 los indicadores planteados y son obligatorios: la colaboración de dos o más personas que actúen por un período de tiempo prolongado o indefinido, cometan delitos que por sí solos o de forma global sean importantes y busquen beneficios o poder. Además, puede, sin ser necesario que tengan un reparto de tareas, con existencia de jerarquía, disciplina o control, operatividad a nivel internacional, con empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar, uso de estructuras comerciales o empresariales; que realicen actividades de blanqueo de dinero y hagan ejercicio de la influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales o económicas.

- c) Convención de Palermo en el 2000, donde se conceptualiza como “la actividad colectiva de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permiten a sus dirigentes obtener beneficios, controlar territorios, mercados nacionales extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad criminal como con fines de infiltrarse en la economía legítima, en particular mediante la realización de una serie de actividades tales como tráfico de drogas y blanqueo conexo, trata de personas y explotación de la prostitución ajena, falsificación de moneda, tráfico ilícito de objetos culturales, de materia nuclear, terrorismo, tráfico de armas y explosivos, corrupción de funcionarios, etc”.

Los grupos de DO se encuentran, por lo general, perfecta y rígidamente estructurados de manera jerarquizada,²⁰ emplean códigos de conducta estrictos, dominan espacios territoriales regionales, nacionales y hasta internacionales. Su forma de actuar es planificada, utilizan distintos medios, sus percepciones e ingresos se derivan de grandes operaciones criminales (trata de personas, tráfico de drogas o armas, entre otros), que son invertidos en actividades legales como técnicas de blanqueo de capitales. Sus principales jefes no son conocidos; son empresarios o políticos que mantienen una “buena apariencia social” y colocan gente detrás de sus ilícitos, como jefes o capos de dichos grupos. Cuentan con protección y contacto de personas en los sistemas policiales, judiciales y políticos, además de contar con recursos financieros para contratar grupos de abogados, contadores y personal bancario, así como para penetrar empresas con la finalidad de desviar toda fuente de sus ingresos. En conclusión, el crimen organizado no permanece inmóvil, se ha convertido en un negocio mutable y adaptable a los mercados y desarrollos sociales y tecnológicos, surgiendo nuevas formas de crimen, rompiendo toda clase de fronteras económicas, geográficas, culturales, socia-

²⁰ De aquí derivan características propias de la DO: los principios de división del trabajo, especialización y complementariedad, fijan límites al ámbito de competencia funcional de cada sujeto, que realiza una aportación complementaria de otras dentro de un plan único. A su vez, la descentralización y la delegación de funciones obliga a plantearse la posible responsabilidad de los cargos intermedios y la corresponsabilidad de los jefes, y, sobre todo, son actividades que tienen una finalidad económica y pone en riesgo la gobernabilidad, estabilidad y seguridad económica y política de un país o región. De ahí la razón de ser del *numerus clausus* como factor de distinción ente AD y DO.

les, lingüísticas y legales. Bajo este antecedente, al analizar el término “DO” debemos vincularlo a un espacio temporal y territorial de facticidad del fenómeno y, en consecuencia, se debe desarrollar una teoría histórica del tópico para ir constantemente actualizando dicha figura normativa como agravante de ciertos delitos de alto impacto. Visto lo anterior, legalmente y por ciertas características de perfilación criminológica, los casos analizados son DO y no AD.

Gestión de casos

Una de las metamorfosis principales del sistema de justicia penal a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, es su flexibilidad a través de los procedimientos alternos al juicio oral.²¹ Esto implica adquirir nuevas competencias en los operadores jurídicos, entre las cuales destaca la gestión de los casos. Es decir, procurar la mejor solución al caso tanto para la víctima como para el imputado, e incluso para la propia sociedad; pero para cumplir con esa misión el asunto debe analizarse holísticamente desde un punto de vista fáctico, jurídico sustantivo, jurídico procesal, probatorio, psicológico, económico, político, social y cultural, para tomar una decisión eficaz del procedimiento a seguir

Esta selección, sin lugar a dudas, debe tomarse en relación a la pretensión deseada por las partes, la cual puede ser restaurativa, como la reparación del daño; económica, como

²¹ Facultad de abstención del inicio de la investigación, Facultad de continuar con la investigación, Criterios de oportunidad, Mediación, Conciliación, Suspensión condicional del proceso y Procedimiento abreviado.

el decomiso; punitiva y ejemplificativa como la pena de prisión, etc. Por lo tanto, esta decisión implica la asunción de cargas procesales pertinentes para lograr el cometido; no obstante, a nivel de análisis del caso, pretensional y procesal, el principal elemento a ponderar es el que constituye el núcleo de cualquier actividad procesal: la prueba.

El anterior esquema, en un sentido reduccionista, significa que, si no se tiene prueba legal, suficiente y necesaria, no se puede obtener una sentencia favorable en juicio oral, donde se exige certeza de culpabilidad para destruir la presunción de inocencia.²² Por lo tanto, se debe optar por un procedimiento alterno.

Por ende y con motivo de la instauración del sistema acusatorio al Ministerio Público, al menos de manera simulada se le otorgaron facultades legales para seleccionar casos y su gestión, dotándole de herramientas en el CNPP para el mismo, que le permite flexibilizar el principio de oficiosidad y la garantía de legalidad con la finalidad axiológica de la “verdad, justicia y restauración”. Que en términos objetivos significa despresurizar el sistema penal, ahorrando tiempo, recursos humanos y económicos, lograr la autocomposición de los conflictos, reparar el daño para las víctimas, entre otros objetivos. En el primer asunto de análisis (Caso Duarte), desde una postura ortodoxa, de manera ilícita se reclasificó la acusación de

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, Artículo 20, Apartado A, Fr. VIII, Apartado B, Fr. I.

DO por la de AD, pero basado en que el Ministerio Público goza del monopolio exclusivo del ejercicio de la acción penal pública,²³ en que en el procedimiento abreviado²⁴ al existir un consentimiento informado de la aceptación y consecuencias de dicho procedimiento, y al no existir agravio o perjuicio en el imputado, ni parte agraviada con la reclasificación en beneficio, en consecuencia tal procedimiento y acusación por más que apeste a ilegal, desde un sentido de justicia ideal y social, es completamente válido, aunque eso no significa que las autoridades que realizaron y autorizaron pudieran haber incurrido en delitos contra la administración y procuración de justicia, amén de faltas administrativas.

En lo que respecta al segundo asunto de análisis (Caso Lozoya), escrupulosamente no se tenían que haber solicitado órdenes de aprehensión, ni vinculársele a proceso por AD, cuando legalmente era DO; pero, de nueva cuenta, la FGR apoyada en el monopolio de la acción penal pública, y posteriormente en la negociación de la probable aplicación de un criterio de oportunidad²⁵ y de los beneficios que de la denun-

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, Artículo 21:

“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

²⁴ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículos 201-207.

²⁵ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, artículo 256:

cia²⁶ presentada por el imputado ante la FGR los primeros días de agosto de 2020 (en contra del ex Presidente Peña Nieto, Luis Videgaray, así como otros personajes políticos), justificaría que el imputado nunca sea acusado y sentenciado por los hechos motivo de su vinculación, situación que si bien es cierto, ha sido muy criticada en los círculos políticos y sociales, es válida, solo que aquí hay que esperar bonanzas o tragedias en los resultados para hacer valoraciones finales.

Solución y conclusión

Ambos casos son diferentes, pero, sin lugar a dudas, ambos son asuntos mediáticos y de impacto social. Y lo que con ellos

“Casos en que operan los criterios 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, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

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

[...]

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio [...]

²⁶ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada el 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación; última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 35:

“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”.

se logró y se logre es un mensaje para la sociedad. En ambos eventos, la aplicación de los principios de oficiosidad y legalidad quedó supeditada a una negociación para gestionar una óptima solución del caso. Analicemos uno por uno.

En el Caso Duarte, la FGR debía haber buscado la pena de prisión y el decomiso del producto de las ORPI. Si por lograr este último acordó un procedimiento abreviado y la reclasificación del hecho, creo que es correcta, en teoría, la gestión del caso y es válido la inaplicación de los principios mencionados. Si, en teoría, porque en la realidad cruda, el Sr. Javier Duarte de Ochoa no sólo recibió una pena menor por AD y no por DO, se le condenó a una multa de cincuenta y ocho mil, quinientos noventa pesos 00/100 (\$58,590.00), y, lo más grave, todos los bienes decomisados en la sentencia del procedimiento abreviado posteriormente se le devolvieron a sus testaferros porque la FGR no pudo acreditar que eran propiedad del Sr Duarte, entonces, la sentencia resulta irrisoria, es un mal mensaje a la sociedad y pone en entredicho la función de la FGR. Considero que los actores en dicho proceso, dolosa o culposamente, cometieron errores muy graves que merecen ser sujetos a investigación.

En el Caso Lozoya, la FGR debió haber solicitado las ordenes de aprehensión, realizado las imputaciones y peticiones de vinculación a proceso por DO y no por AD, porque legalmente procedía como lo he explicado, y además en otros casos, así lo ha hecho, mostrando un trato diferenciado con el imputado. Por otro lado, si lo que se negoció legalmente fue la

aplicación de un criterio de oportunidad y los beneficios que generan las denuncias como testigo colaborador, a cambio de no recibir la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, considero que es un excelente acuerdo para la defensa, pero no para el Ministerio Público y la sociedad a la cual representa.

No obstante, también la supuesta aplicación de un criterio de oportunidad queda también en entredicho, toda vez que el mismo se puede aplicar hasta que el imputado rinda su testimonio en el procedimiento respectivo,²⁷ lo cual implica que puede ser desde la propia etapa de investigación hasta la audiencia de juicio oral, no del imputado, sino de los hechos por los cuales fue vinculado, y de otros en los que haya aportado información o haya denunciado, lo cual genera una incertidumbre absoluta no sólo en el imputado, sino en la sociedad, pues amparados en la ley, la FGR, puede manejar los plazos, y, desde mi perspectiva en este asunto, le queda un largo y sinuoso camino por recorrer. Serán años, tal vez sea transxenal. Por otro lado, no queda tampoco clara la supuesta aplicación del referido criterio, toda vez que la información deberá

²⁷ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 257:

“Efectos del criterio de oportunidad:

En el caso de la fracción V del artículo anterior, se suspenderá el ejercicio de la acción penal, así como el plazo de la prescripción de la acción penal, hasta en tanto el imputado comparezca a rendir su testimonio en el procedimiento respecto del que aportó información, momento a partir del cual, el agente del Ministerio Público contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal”.

ser para la persecución de un delito más grave;²⁸ pero, sobre todo, la propia ley señala que no podrá aplicarse cuando el delito afecte gravemente el interés público.²⁹ Entonces, ahora la pregunta sería: ¿Para el actual gobierno federal la corrupción, el desvío de cientos de millones de pesos y el quebranto patrimonial de PEMEX afecta el interés público? En la respuesta que de la FGR se verá si existe la simulación legal, la alcahuetería o una verdadera intentona de arrancar el cáncer de México.

Personalmente, en el Caso Lozoya, atendiendo al marco normativo vigente, la FGR debe buscar la pena de prisión y decomiso de los instrumentos, objetos y producto del delito, mediante un procedimiento abreviado o un juicio oral. Ha decidido hasta el momento no hacerlo así, e ingresó a una encrucijada donde si no hay resultados claros, contundentes y a corto plazo en el aspecto legal y no discursivo, será llevada al cadalso de la opinión pública con un veredicto muy severo. El asunto penal del sexenio puede ser la agonía o el éxtasis de este Gobierno en su lucha contra la corrupción y la impunidad.

²⁸ ¿Ahora sí DO?

²⁹Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 256:
“Casos en que operan los criterios de oportunidad Pr III: No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público”.

Por otro lado, la función encomendada a la FGR, en el Art 102, Apartado A y 21, Pr. II de la CPEUM, es muy clara; no está dentro de sus atribuciones explicar cómo funciona la corrupción en México (para eso existen los periodistas, los académicos y los estudiosos del tema), sino investigar, acusar y probar penalmente cómo participaron en un caso concreto a quienes señala como responsables. Y quizás en esas funciones es donde descansa el talón de Aquiles de dicha institución y sus resultados en materia de procuración de justicia.

¿Principio de legalidad o discrecionalidad legal? La respuesta está en la pretensión. ¿Juicio oral o procedimientos alternos? La contestación está en el propio caso. ¿Por qué se opta por negociar con los imputados un procedimiento alternativo? La respuesta está en la fortaleza probatoria del caso. ¿Por qué se basa la investigación y acusación en un acuerdo con el imputado y su defensa? Por la falta de capacidad en investigación criminal. ¿Por qué se pactan beneficios procesales y sustantivos para el imputado a cambio de ínfimas ventajas para la sociedad como víctima? Por un indebido análisis y gestión de casos. ¿Por qué existe un ineficiente análisis y gestión de casos? Yo no juzgo ni acuso, solo apporto argumentos. La decisión, tal vez, esté en usted o en otros.