



**90** *Aniversario*  
**Lecturas**  
*Anales de Jurisprudencia*

# **ANALES DE JURISPRUDENCIA**

---

## **DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS**

Publicación creada por la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, de 30 de Diciembre de 1932

**Director:**

**LIC. JOSE CASTILLO LARRAÑAGA**

### **COMISIÓN ESPECIAL DE LOS ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETIN JUDICIAL:**

Presidente: Magistrado, Lic. Luis Ramirez Corzo.

- Salas Penales: Magistrado, Lic. Alfonso Teja

Zabre. - Salas Civiles: Magistrado, Lic. Fran-

cisco M. Castañeda. - Juzgados Civiles: Juez

Cuarto de lo Civil, Lic. Abelardo Medina. - Cor-

tes Penales: Juez 22o. de la 8a. Corte Penal,

Lic. Raúl Carrancá y Trujillo, Secretario.



ciscuez Corzo.

y TOMO I

ABRIL. MAYO Y JUNIO

MEXICO, 30 DE ABRIL DE 1933

**90** *Aniversario*  
**Lecturas**  
*Anales de Jurisprudencia*

Primera edición, 2023

*90 aniversario, lecturas de Anales de Jurisprudencia*

D. R. © •

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

EDICIÓN:

Adrián García Guarneros

José Antonio González Pedroza

DISEÑO Y FORMATO DE INTERIORES:

Ricardo Montañez Pérez

CAPTURA:

Ileana Mónica Acosta Santillán

Mauricia Alanis fuentes

Daysi Berenice Cuadros Castillo

Yiria Ana Escamilla Martínez

Linda González Amador

Antonio Jiménez Olivares

Miguel Ángel Mendoza Bautista

María Elena Moreno Reyes

DISEÑO DE PORTADA:

Sandra Juárez Galeote

Esta publicación no constituye un texto oficial, sino una herramienta de trabajo y consulta para juzgadores, empleados judiciales, abogados, estudiantes y público en general.

Se prohíbe la reproducción parcial o total, por cualquier medio, de esta obra, sin previa y expresa autorización del titular de los derechos.

Impreso en México

# Índice

Presentación	VII
<b>El agente encubierto como medio de prueba extraordinario contra el crimen organizado</b> <i>Belem Bolaños Martínez</i>	1
<b>La teoría de la imprevisión</b> <i>Víctor Rolando Díaz Ortiz</i>	41
<b>La suplencia de la queja en materia familiar en la nueva Ley de Amparo</b> <i>Lázaro Tenorio Godínez</i>	57
<b>Elementos para el análisis formal de los argumentos jurídicos</b> <i>Lawrence Flores Ayvar</i>	69
<b>El enemigo en el Derecho Penal funcionalista a la luz del análisis del sistema-mundo capitalista neoliberal</b> <i>Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria</i>	87
<b>La mediación y la oralidad en la justicia familiar</b> <i>Víctor Manuel Navarrete Villarreal</i>	123
<b>Realidad y riesgos de la alienación parental de los menores de edad en la administración de justicia en materia familiar (artículo 323 <i>séptimus</i> del Código Civil para el Distrito Federal)</b> <i>Héctor Samuel Casillas Macedo</i>	137
<b>En memoria de Antonin Scalia</b> <i>Juan Luis González A. Carrancá</i>	165

El control de convencionalidad y su impacto en el sistema jurídico mexicano <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot</i>	182
Gobierno electrónico, justicia abierta y ciberjusticia en materia electoral (juicio en línea) <i>Moisés Vergara Trejo</i>	237
Reforma constitucional al artículo 19, respecto del auto de vinculación a proceso <i>Rafael Guerra Álvarez</i>	255
El guardián de la Constitución de la Ciudad de México <i>Armando Hernández Cruz</i>	266
La falta de razonabilidad en la negativa de beneficio penitenciario <i>Jorge Ponce Martínez</i>	277
Perspectiva de género ¿cómo se debe de aplicar por los juzgadores, según los estándares internacionales y la jurisprudencia de la SCJN? <i>María Cristina Núñez Palencia</i>	284

## Presentación

Fundada en 1933, bajo la dirección de don José Castillo Larrañaga, la revista *Anales de Jurisprudencia* suma ya noventa años de editarse de manera ininterrumpida, por lo que se ha consolidado en un medio de difusión de los criterios que se pronuncian por los órganos jurisdiccionales del fuero común de la Ciudad de México, y en la publicación de mayor trayectoria y tradición en su especie.

Durante esa larga singladura que abarca la revista, su principal objetivo ha sido aportar un acervo de precedentes jurisdiccionales, que sirva de orientación en la práctica jurídica a través del análisis de los criterios adoptados en la aplicación del Derecho, a las magistradas, magistrados, juezas y jueces, y al foro jurídico en general.

En este sentido, destaca el ejercicio de la argumentación jurídica que día a día se realiza en los tribunales superiores de las entidades federativas y, en la Ciudad de México en particular, donde se concentra el mayor número de controversias, por lo que es de interés primordial conocer qué es lo que sucede en sus juzgados y salas, para comprender a cabalidad la aplicación y la práctica del Derecho en el país.

En ese contexto, la comprensión del Derecho a través de la exégesis de las leyes y del aparato conceptual que forma parte de un sistema jurídico, evidentemente se complementa con el análisis de los argumentos que sirven de justificación a las resoluciones de los juzgadores. Esto último constituye el “precedente judicial”, en cuya debida integración y conocimiento descansa en buena medida una tradición jurídica. Es a ese fin al que responde principalmente una publicación periódica como *Anales de Jurisprudencia*, que ha vivido una transformación

paralela a la evolución de la competencia y atribuciones de los órganos jurisdiccionales de la Ciudad de México.

Desde las reformas constitucionales de junio de 2011 el ejercicio de la judicatura a nivel local ha tenido una mayor importancia, al abrirse la posibilidad e, incluso, establecer como obligación de los tribunales locales aplicar un parámetro de control de constitucionalidad y convencionalidad al valorar los hechos sujetos a controversia, y como principio rector para fundar y motivar sus resoluciones. De igual manera, desde el año 2019, al entrar en vigor la Constitución Política de la Ciudad de México y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México, se incluyen las sentencias de la Sala Constitucional, vinculantes para los juzgados de Tutela de Derechos Humanos.

Siguiendo la metodología adoptada por el Poder Judicial de la Federación en el *Semanario Judicial de la Federación*, al iniciar 2023, los criterios que se publican incluyen un rubro que contiene de manera sintética el tema o temas principales abordados en las sentencias seleccionadas, seguidas de una breve reseña de la secuela procesal que dio origen al fallo de que se trata, y de un apartado denominado “Criterio jurídico”, que contiene en esencia la respuesta que se está dando a un problema legal en particular, así como la “Justificación”, es decir, los argumentos y el material probatorio tomado en consideración por el juzgador para llegar a una solución jurídica específica.

No podría restarse importancia a la tarea de difusión y promoción de la cultura jurídica que se lleva a cabo mediante la revista, con la publicación de estudios jurídicos en los que se abordan temas vinculados a la competencia de las juzgadas y juzgadores que forman parte del Poder Judicial de la Ciudad de México, lo cual atiende al mandato contenido en el artículo 179 de la Ley Orgánica de dicho Poder.

Son numerosas las aportaciones de académicos y profesionales del Derecho que han formado parte de las páginas de la revista, incluyendo

frecuentemente a colaboradores del propio Tribunal, quienes muestran su entusiasmo y generosidad al compartir sus reflexiones y conocimientos derivados de la práctica cotidiana como servidores públicos. Además, se han realizado traducciones de artículos que guardan relación con el Derecho nacional, y se seleccionan sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así mismo, se incluye una sección de tesis de jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación en la parte final de cada tomo de la revista.

Así, en los noventa años de historia de la revista, se ha dado paso a un sinnúmero de artículos y colaboraciones, a través de los 384 tomos que se han editado, de los cuales se ha realizado una selección de entre aquellos que se incluyeron durante los últimos quince años –que se agregan a la presente obra conforme al orden cronológico en que fueron apareciendo–, quedando así a disposición del lector la consulta de diversos textos que dan muestra de la evolución constante que vive la sociedad y el Derecho que nos regula.

*Doctor Rafael Guerra Álvarez*

Magistrado Presidente del Poder Judicial de la Ciudad de México

Agosto de 2023



# EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE PRUEBA EXTRAORDINARIO CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO\*

*Belem Bolaños Martínez\*\**

*Una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia.*

*Hassemer*

**Sumario:** I. Introducción. II. El fenómeno del crimen organizado. III. La zona de equilibrio del proceso penal. IV. Principios del proceso penal. V. Necesidad de nuevos medios probatorios. VI. Justificación de los nuevos medios de investigación criminal. VII. Definición del agente encubierto. VIII. Naturaleza jurídica del agente encubierto. IX. Principios que rigen la investigación del agente encubierto. X. El agente encubierto en las normas nacionales e internacionales. XI. Diversos criterios de aplicación. XII. El agente encubierto como técnica de investigación. XIII. El agente encubierto como medio de prueba. XIV. Responsabilidad del agente encubierto. XV. Problemas actuales. XVI. El riesgo de la provocación. XVII. Conclusiones. XVIII. Fuentes de información consultadas.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate más importante de los últimos tiempos reside en la forma de conciliar el principio de intervención mínima en materia penal con

---

\* Publicado en el tomo 297, enero-febrero de 2000.

\*\* Licenciada en Derecho por la UNAM. Maestra en Derecho Procesal Penal por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal. Maestra en Democracia y Buen Gobierno con especialización en Estado de Derecho y Corrupción, del Posgrado Oficial del Espacio Europeo de Educación Superior, adscrito al Proceso de Bolonia, Italia. Doctoranda de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Salamanca, España. Docente del Instituto de Estudios Judiciales (TSJDF) de las asignaturas Teoría del delito, amparo y garantías. Secretaria de Acuerdos del Juzgado Trigésimo Séptimo Penal en el Distrito Federal, actualmente jueza de Tribunal de Enjuiciamiento en el PJCDMX.

una eficaz protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos socioeconómicos, que se presentan como una realidad del estado social con la aparición de nuevas formas de criminalidad organizada, propia de una sociedad cada vez más compleja, donde proliferan los riesgos para bienes jurídicos fundamentales. La necesidad de responder a expectativas contrapuestas, demanda de mayor intervención estatal en diferentes esferas y la observancia del principio de intervención mínima parece un reto insoslayable.

En el campo criminológico se hace más evidente que no se puede tratar el delito con categorías abstractas y generales iguales para todo tipo de criminalidad, sino más bien, es conveniente inducir respuestas a partir de los diferentes contextos sociales, en los que se enmarcan los distintos tipos de criminalidad. Para estos casos, parece lógico que se articulen medios de defensa que sean adecuados a esos mayores niveles de agresión, como respuesta del estado a las nuevas formas de criminalidad, por ello, países como España, Portugal, Italia, Alemania, Estados Unidos, entre otros, ya se han pronunciado al respecto, pues experimentan y viven los cambios y retos de la sociedad actual.

La articulación de técnicas de investigación acordes con el alto nivel de complejidad presentado por estas naciones, se ha desarrollado a través de una serie de modificaciones legislativas, que autorizan el uso de pruebas susceptibles de calificarse como modernas, no por la técnica empleada, sino por su previsión legal, toda vez que lo novedoso lo constituye la circunstancia de que el estado se planteen recurrir a ellas para la investigación procesal penal, así surge la pericia del *agente encubierto*.

En México, la procuración y administración de justicia ponen de relieve algunas carencias en su gestión, derivados del escaso aprovechamiento de las herramientas técnicas disponibles, sin olvidar tampoco el papel que juegan determinadas rutinas judiciales. No obstante, las opiniones en nuestro país, lejos de superficiales, caminan hacia la transición de un Derecho penal clásico garantista a un Derecho penal y

procesal penal de excepción, y como muestra la reforma constitucional en la materia de junio del 2008.

Ahora bien, la idoneidad de los referidos medios de investigación no debe de ir en detrimento de la plena vigencia de los derechos y principios constitucionales. Por ello, el empleo de tales medios extraordinarios, sometido al cumplimiento de estrictos requisitos legales, mitiga los importantes riesgos que suponen para las garantías procesales vigentes en un estado de derecho. Es decir, sólo pueden utilizarse cuando estén previstos por la ley, no existe un medio legal menos lesivo para lograr la misma finalidad, se trate de investigar un delito de especial gravedad y exista autorización judicial previa control jurisdiccional posterior.

## II. EL FENÓMENO DEL CRIMEN ORGANIZADO

Los sistemas jurídicos nacionales han experimentado fuertes transformaciones en respuesta al desafío del crimen organizado.<sup>1</sup> Algunos de estos cambios responden a iniciativas nacionales, mientras que otros proceden de la cooperación internacional. “Las transformaciones acontecidas en el ámbito procesal, han consistido de un lado, en una cierta adecuación de los medios de búsqueda de prueba y, de otro, en la redefinición de los organismos policiales, fiscales y judiciales. La reacción eficaz contra la criminalidad, precisa inevitablemente de organismos nacionales dotados de medios humanos y materiales así como del reforzamiento de la cooperación institucional de la comunidad internacional”<sup>2</sup>

Sobre esta premisa, el Congreso de la Unión de México, ante la carencia de aptitud de los órganos tradicionales para afrontar la lucha contra el fenómeno asociativo y ante iniciativas de algunos senadores como el presidente de la Comisión de Justicia del Senado de la

---

<sup>1</sup> La Convención de la ONU sobre el crimen transnacional organizado define a la delincuencia organizada como: “la asociación de tres o más personas para cometer uno o más delitos graves y obtener directa o indirectamente un beneficio económico o un beneficio de orden material”.

<sup>2</sup> Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta, *La criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, COLEX, 2004, p. 71.

República, Alejandro González Alcocer,<sup>3</sup> han demandado formalmente a la Federación órganos especializados contra el crimen organizado. Aunque han sido reforzadas las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado t articuladas las denominadas fiscalías especializadas en determinados ámbitos propios del fenómeno criminal, como la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) de la Procuraduría General de la República.

A pesar de lo anterior, la legislación mexicana, a la fecha, no cumple las interpelaciones orgánicas y organizativas de la suscripción de diversos tratados internacionales como la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000, así como la Convención de Mérida contra la Corrupción, del año 2003, ambas de la Organización de las Naciones Unidas y ratificados por México; lo anterior, suscita recelos y severas críticas.

En este tenor, y antes de entrar en materia, sistematizaremos las características de la criminalidad moderna<sup>4</sup> que se esbozan como relativas a los problemas sociales de hoy en día, pues, parten de las sociedades postindustrializadas en que vivimos, se puede decir que participa de sus caracteres de complejidad, comunicativa de riesgo, globalizada<sup>5</sup> y en continua transformación.

- a) En comunicación, porque el fenómeno criminal se presenta como un proceso de intercomunicación entre individuo y sociedad, en el cual la información, las imágenes y los símbolos juegan un papel fundamental en el proceso de configuración de lo que es el

---

<sup>3</sup> Al presentar la iniciativa dijo que se pretende “facultar al Ministerio Público para que autorice a agentes federales para la compra, recepción o adquisición de narcóticos a efecto de detener a los responsables del comercio, posesión o suministro de drogas”. Esta forma especial de cooperación debe ser utilizada por la autoridad para allegarse pruebas, pues la infiltración es un instrumento que ha probado su efectividad en la investigación. Ello sería con fines de investigación en materia de narcomenudeo, para probar de manera fehaciente la comisión de este delito, aseveró el legislador del Partido Acción Nacional (PAN). Notimex, México, D.F.

<sup>4</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Madrid, COLEX, 2001, pp. 270, 271.

<sup>5</sup> A veces también, es un problema de posible utilización de corporaciones empresariales, tapadera de actividades delictivas, corporaciones con estructura compleja que dificulta la averiguación del delito y sus autores. Y es un problema que se agrava con el auge de las denominadas “nuevas tecnologías”, como Internet, que facilitan la comisión de delitos y su ocultación. Cfr. Guzmán Fluja, Vicente, *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, Madrid, Thomsom- Aranzadi, 2006, p. 205.

delito, la pena, la víctima y los demás elementos de la conflictiva social.

- b) Es compleja porque el fenómeno criminal se inserta en sociedades organizadas, institucionalizadas, donde las relaciones sociales se producen en organizaciones, colectividades, como la empresa, los sindicatos, los partidos políticos, etc., produciéndose serios problemas para individualizar responsabilidades.
- c) La criminalidad moderna es una criminalidad de riesgo. Vivimos en una sociedad, que asume para su bienestar, una serie de riesgos para bienes jurídicos como el medio ambiente, provenientes del desarrollo tecnológico. Y la posibilidad de contenerlos con una serie de normas de control social, es un deber político y ético, aunque dicha contención, se presenta difícil de delinear, sin caer en posturas normativas, totalizadoras.
- d) La criminalidad moderna es una criminalidad *globalizada*. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y transnacionalización de las relaciones económicas y sociales, conllevan a que muchos comportamientos delictivos, se realicen aprovechando las reglas internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, aprovecha los mecanismos de libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales, y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos y el libre tránsito de personas es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, lo que dificulta la persecución penal y la cooperación internacional.
- e) La criminalidad moderna es buen ejemplo de conflictos sociales que se muestran en las sociedades postindustrializadas, caracterizadas por una *crisis del modelo económico del estado del bienestar*. La

mundial crisis económica, incluso de la que se estimaba la potencia mundial prototipo –Estados Unidos de Norteamérica–, el desempleo, los recortes en gastos sociales, las políticas neoliberales que aumentan las desigualdades sociales, los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, las grandes urbes en las que conviven distintas culturas, son todos caldos de cultivo de una conflictividad social en cuyo vértice puede observarse la delincuencia.

- f) Nos enfrentamos a una nueva criminalidad propia de una sociedad en *continua transformación*. Las herramientas diseñadas como la teoría del delito,<sup>6</sup> cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalista del delito, se muestran incapaces para hacer frente a esta nueva criminalidad cuyas características se alejan totalmente de esos paradigmas.<sup>7</sup> La macrocriminalidad está obteniendo respuesta del Estado, cifrada en el expansionismo de la intervención penal, siempre a remolque de la realidad.

A esta argumentación crítica se le podría contraponer el desarrollo de la delincuencia, su complejidad, y, por ende, la necesidad del sistema penal de brindar nuevas respuestas. Ello, sin embargo, nada dice en cuanto a los costos que estas “nuevas respuestas” representan para los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, acota el marco de las reacciones posibles, en *exclusiva*, al plano de la represión, evitando (acaso *deliberadamente*) la discusión político-criminal sobre otras –más imaginarias y creativas– propuestas de solución.

Al mismo tiempo, la ausencia de todo criterio sistemático en un legislador que parece únicamente preocupado en mostrar algún tipo

---

<sup>6</sup> Las concepciones actuales funcionalistas del Derecho penal consideran que es función de la intervención penal, lograr fines sociales de prevención de la criminalidad, función que sólo cumplen en el plano del mundo ideal, o por lo menos, el sistema penal no muestra preocupación por verificarlo. Las funciones simbólicas de la pena propia de un instrumento coercitivo y de dirección social viene a constituir prácticamente la única función real objetivable, llegando al extremo de sólo legitimarse por su misión de afianzamiento de la fidelidad de las normas (Jakobs), el intercambio científico entre los saberes empíricos y normativos, pese a tener los mismos fines que la prevención de la criminalidad, es prácticamente nulo de esta manera, es muy difícil, sino imposible, cumplir con los efectos preventivos deseados.

<sup>7</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, op. cit., nota 4, p. 271.

de iniciativa frente a una opinión pública cada vez más sensibilizada, convierte a la tarea de interpretar racionalmente estas nuevas reglas en una misión casi imposible.<sup>8</sup>

### III. LA ZONA DE EQUILIBRIO DEL PROCESO PENAL

En el proceso penal confluyen dos grandes fuerzas:<sup>9</sup> La del estado como titular del *ius puniendi*, cuya aplicación es sólo posible en el proceso, y la de la necesidad de que las personas sometidas al proceso penal queden a salvo de los posibles abusos, mediante la garantía de sus derechos, sobre todo el de defensa; ninguna de estas dos fuerzas es *a priori* menos importante que la otra. Sin embargo, hay que afirmar rotundamente que la primera fuerza sólo puede acometerse en el marco de la segunda: no puede ejercitarse el *ius puniendi*, sino a través de un proceso con todas las garantías, porque el proceso penal no sólo es la forma en la que el estado ejerce de manera más severa tal derecho, sino que afecta el derecho a la libertad del acusado y otros derechos fundamentales.

Hay una complejidad en el proceso penal, desde el momento en que debe procurar la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del proceso alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de toda decisión, así como la protección de la víctima y la rehabilitación del condenado. Y a todo ello, habría que sumar, el procurar

---

<sup>8</sup> La adopción de estos métodos significa un abandono –tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia– de las viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su remplazo por nuevos puntos de partida: de un derecho penal y procesal penal fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos y, de admitir el delincuente como parte en el contrato social (102), se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del “derecho penal del ciudadano”; el “derecho procesal penal encubierto” no es otra cosa que el correlato formal del “derecho penal del enemigo”. Cfr. Guariglia, Fabricio, “el agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?” *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, diciembre 1996, Año 8, número 12.

<sup>9</sup> “La modernización del derecho penal, es caracterizada por la expansión y por la flexibilización de los principios político-criminales y reglas de imputación también en el Derecho penal de las penas primitivas de libertad... Oponerse a la modernización, equivale a propugnar un derecho penal de clases en el que el ladrón convencional siga sufriendo una pena, mientras que el delincuente económico o ecológico quedaría al margen del Derecho penal”. Cfr. Silvia Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, séptimo capítulo.

también la justicia de esa decisión. Armonizar todo lo anterior es una tarea sin duda difícil pero necesaria.<sup>10</sup>

El derecho procesal penal conforma y disciplina al proceso penal de acuerdo con una serie de principios y garantías, que sólo pueden entenderse desde el marco de los derechos fundamentales de la persona, de su respeto máximo, y es por esto que se afirma el entronque directo del derecho procesal penal con el Derecho constitucional;<sup>11</sup> sólo si el resultado es obtenido a través de un instrumento diseñado y ejercido conforme a concretas garantías y principios, podemos hablar de un resultado aceptable. Aunado a que la Constitución es norma de aplicación directa de los tribunales; es decir, cualquier precepto constitucional de carácter procesal puede ser invocado como fundamento de la actuación procesal.

Luego, las dos fuerzas que presionan el proceso penal están necesariamente llamadas a equilibrarse, a entenderse y a armonizarse porque ambas son constitucionalmente dignas de protección. Pretender de forma apriorística determinar dónde está el equilibrio es tarea extremadamente difícil, y supone uno de los principales problemas del legislador procesal penal.

#### IV. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

Las garantías que se consagran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben permitir el funcionamiento del proceso, que lo conduzcan al cumplimiento de su función, porque ellas son el *modo* y el *medio* de por sí imprescindibles, pero no el fin del

---

<sup>10</sup> Plantear el problema de la eficacia del proceso penal es *suscitar la cuestión de la idoneidad del proceso penal* para satisfacer las finalidades que se le asignen, y que en el Estado social y democrático de Derecho han de posibilitar la aplicación del *ius puniendi* estatal, del cual es instrumento necesario, proteger el *ius libertatis* y otorgar una adecuada tutela a la víctima, todo ello en un plazo razonable. Cfr. González-Cuellar Serrano Nicolás, *La investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, COLEX, 2006, P. 21.

<sup>11</sup> En principio, el sistema público de justicia es, ante todo, un sistema jurídico encuadrado dentro de la estructura del estado de derecho. La fuente de esta estructura es la constitución, porque en ella se identifican los valores que preside la organización de la convivencia, entre los que se citan expresamente la justicia la libertad. Y porque la constitución garantiza el respeto a los principios esenciales necesarios para el correcto funcionamiento del poder judicial.

proceso. Además, los principios procesales tienen también sentido para observar de manera panorámica los criterios esenciales que informan el ordenamiento procesal y su adecuación al modelo de “proceso justo”.

Hoy, los términos de la discusión entre el éxito de la persecución del delito y de los derechos del acusado, podrían sintetizarse diciendo que un sistema procesal penal, especialmente en lo que se refiere a la prueba,<sup>12</sup> no sólo debe inspirarse en el respeto de las normas que caracterizan los derechos del acusado, ni tampoco sólo en la prescripción de cuanto sea apto para descubrir la verdad, y en general, garantizar una eficaz persecución; sino debe servir para establecer disposiciones jerárquicas entre valores procesales y extraprocesales, regulando el modo de resolver en caso de eventuales colisiones entre garantía y eficacia.

Existen, además, ciertos principios que se refieren a la introducción del material fáctico en el proceso,<sup>13</sup> es decir, que responden a la cuestión de quien debe aportar los hechos y las pruebas en el proceso. Tenemos así, el principio de investigación oficial y el de aportación de parte.

- a. *Principio de investigación oficial.* Este principio predomina en la fase de investigación dirigida a la determinación del hecho y la persona que podrá ser acusado por la comisión de aquél. Corresponde, entonces al Ministerio Público la labor de introducir el

---

<sup>12</sup> A pesar de que es el juez quien ha de convencerse de la realidad fáctica y de la bondad jurídica de la ‘posición de alguna de las partes, sin embargo, no se le permite, como regla general, salir a buscar la prueba; su papel y su responsabilidad es la de esperar a la iniciativa de las partes, que deben traerle la prueba para que él la pueda valorar, y en aplicación de la ley dictará sentencia a favor de quien haya logrado probar los hechos que sustentan su posición. No cabe duda, sin embargo, de que la posición del juzgador tampoco puede reducirse al papel de un espectador desinteresado, pues precisamente toda la actividad probatoria va dirigida a él, y cada una de las partes va a intentar la “adhesión” final del juez a su propia posición. De aquí que el juez no sólo debe de estar interesado en todo cuanto externamente sucede en el juicio, esto es, no sólo dirigir los debates, sino sobre todo en lo que en el fondo se está aportando al proceso, pues con esos elementos tendrá que decidir.

<sup>13</sup> La reforma del artículo 20 constitucional, apartado A, señala que todo proceso penal será acusatorio y oral, donde prevalezcan los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y la fracción IX, del apartado B, reza: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula...”.

material del hecho a través de diversas actuaciones de investigación, aunque esta actividad no es exclusiva, salvo que se trate de medidas de investigación que pueden restringir derechos fundamentales.

- b. *Principio de aportación de parte.* Este principio predomina en cambio en el juicio oral, ya que corresponde a las partes la introducción de los hechos, que han de constituir el objeto del juicio oral, siempre que hayan sido determinados en la investigación anterior, así como los medios que pueden ser utilizados para probar tales hechos.

Una vez introducidos los hechos en el proceso y realizada la actividad probatoria, es preciso determinar qué principios deben regir la valoración del resultado obtenido de la prueba, para formar la convicción del juez o tribunal.

- a. *Principio de libre valoración de la prueba.* Este principio está presente en un determinado proceso, cuando el juez o tribunal, a la hora de formar su íntima convicción, no ha de tener otro límite que los hechos probados en el juicio, sin necesidad de atender a reglas previamente establecidas, basándose sólo en las normas de la experiencia o de la lógica.

El proceso penal mexicano, en teoría, rompiendo con el viejo modelo inquisitivo de interminables reglas de valoración probatoria que vinculaban al juez en el momento de dictar sentencia de *iure*, rige el sistema de libre valoración de la prueba, de modo que, como dice la Ley, “el tribunal, apareciendo según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por la ley”. Sin embargo, de *facto*, las reglas de valoración de la prueba, al día de hoy, son *tasadas* en muchos casos, como en el Distrito Federal, *v.gr.*: la documental pública.

Aún y cuando este principio de libre valoración, de valoración en conciencia o de íntima convicción, supone atenerse a la prueba, también debe considerar a las reglas de la lógica y de la razón en el juicio

valorativo judicial; así pues, el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, según las reglas de la lógica y la razón.<sup>14</sup>

## V. NECESIDAD DE NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS

En efecto, en el último siglo, se evidencia que tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal, tienen un historial en el que pese a todo no faltan los claroscuros de conquistas garantistas, de trabajo, para mejorar el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, se asiste a movimientos que ponen de manifiesto que ese hermoso historial, se ha paralizado o se ve en retroceso, influida por la generalización de un “*efecto alarma*” provocada por los acontecimientos ciertamente indeseables y terribles (atentados terroristas del 11-S en Nueva York, 11-M en Madrid, 7-J en Londres o los de Bali o Egipto, por recordar algunos de los de mayor impacto).

Como respuesta, se han comenzado a producir otras situaciones que deben ser igualmente calificadas de indeseables, que deben ser rechazadas y repudiadas con total vigor y convicción, por cuanto suponen la negación pura de los derechos fundamentales (por ejemplo, la situación de los detenidos de la prisión de Guantánamo, pese a la noble iniciativa del presidente norteamericano Barack Obama de cerrar aquel centro de reclusión especial); las amplísimas potestades de intervención en la privacidad de las personas, sin control judicial, que otorga la *Patriot Act*, el endurecimiento de la duración de la detención para sospechosos de terrorismo, hablándose de tres meses o incluso de una duración indefinida,<sup>15</sup> o la propuesta británica, con apoyo español,

---

<sup>14</sup> En definitiva, cualquier que sea la convicción del tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque, para que sea posible la condena, no basta con la probabilidad de que el imputado sea el autor, ni con la convicción moral de que así ha sido.

<sup>15</sup> La ley antiterrorista de crimen y seguridad de 2001 del Reino Unido de Gran Bretaña establecía la posibilidad de que los ciudadanos extranjeros detenidos sospechosos de actividades terroristas, pudieran estar detenidos de forma indefinida sin que presten cargos o sin juicio. La Cámara de los Lores en su decisión de 16 de diciembre de 2004 determinó que dicha Ley era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos,

para regular en la Unión Europea, el control y archivo de mensajes de correo electrónico y conversaciones telefónicas por un período de entre tres y seis meses.<sup>16</sup>

En este contexto, el reduccionismo de las garantías lleva a parte de la doctrina a plantear el resurgimiento de un Derecho penal “del enemigo” como un Derecho penal excepcional,<sup>17</sup> que deroga los principios del Derecho penal liberal, del estado de derecho, que desconoce los derechos fundamentales y garantías consagrados en los textos internacionales (Convención Mérida 2003, artículo 30) y constituciones. Por supuesto, en cuanto se afecta, por necesidad, a los derechos y garantías procesales, que también quedan disminuidos o desconocidos, cabría hablar de un Derecho procesal del enemigo.<sup>18</sup>

No es preocupante sólo el problema del terrorismo. Las sociedades modernas están preocupadas en general por el fenómeno de la llamada *criminalidad organizada* en el que puede incluirse aquél. El crimen organizado supone la aparición de una criminalidad cualitativamente nueva, que implica tanto un aumento cuantitativo de los servicios de los peligros conocidos hasta la fecha, como un nivel de peligro social

---

al derecho a la igualdad jurídica entre ciudadanos y extranjeros, al derecho al debido proceso y al derecho a la protección (tutela judicial) efectiva. El gobierno británico laborista intentó volver a la carga en el año 2005 con un proyecto de ley que preveía la posibilidad de detenciones hasta por tres meses, proyecto que fue rechazado por la Cámara de los Comunes.

<sup>16</sup> La Asamblea Legislativa francesa ha aprobado a comienzos del 2006, una nueva ley antiterrorista en la que se da cuerpo a algunas de estas medidas, y así por ejemplo, se contempla la utilización intensiva de la video vigilancia en trenes, aviones, aeropuertos, estaciones, lugares públicos, se establece un control exhaustivo de las comunicaciones y el correo por Internet, de manera que los cibercafés deberán guardar datos de todos los mensajes, se aumenta el control de las comunicaciones telefónicas, desde móviles o teléfonos fijos estando obligados los operadores a guardar los datos...

<sup>17</sup> El Derecho procesal penal es hipócrita mediante las nuevas formas de obtención de prueba como intervención de comunicaciones, y el agente encubierto están ya en el debate público, porque las garantías y principios carecen de contenido.

<sup>18</sup> El Derecho penal del enemigo es una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado *Derecho penal moderno*, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal, que da lugar a una ampliación de intervención de aquél, convirtiéndose en el primer instrumento de los ciudadanos, pero sin duda alguna también implica un desconocimiento o por lo menos una clara flexibilización, y con ello un menoscabo de los principios y de las garantías penales de un estado de Derecho. Resulta interesante la postura de Jesús María Silva Sánchez de proponer como *tercera velocidad*, al derecho penal como instrumento de abordaje de hechos de emergencia, en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación en conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.

desconocido hasta ahora. La respuesta que se viene dando es la de endurecer los instrumentos jurídicos de lucha (prevención y represión) contra esta clase de delincuencia (proceso que salpica, además, a otras clases de delincuencia y de delincuentes) y así se denuncian líneas de actuación que consisten en la creación de nuevos tipos penales, la elevación de los marcos punitivos y una aplicación dura de los mismos, la anticipación de la intervención del Derecho penal a ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales (delito de asociación delictuosa, por ejemplo) y, en lo que se refiere al proceso penal, la instauración de reformas que tienen por objeto servir de eficaz instrumento de aplicación a lo anterior, volviéndolo adecuado a esa función y limitando derechos tan esenciales y fundamentales como la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros.<sup>19</sup>

Quizá estemos ante la conjunción de dos factores distintos. Por un lado, se pregona la insuficiencia o la incapacidad del Derecho penal y del Derecho procesal penal tradicionales y garantistas para responder a los peligros de los daños de la delincuencia o del crimen organizado, lo que obliga a poner en marcha diferentes y nuevos mecanismos de prevención y represión. Y, por otro lado, se aprovecha ese discurso de insuficiencia para propiciar una marcha atrás en la conquista de esas garantías penales y procesales penales,<sup>20</sup> en el entendido de que sólo es posible una lucha eficaz y eficiente contra la criminalidad organizada desde la vía jurídica, mediante la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con el correspondiente incremento de los poderes estatales de intervención sobre dichos derechos la disminución de los mecanismos de control de estos poderes.

---

<sup>19</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente, *op. cit.*, nota 5, p. 204.

<sup>20</sup> Ante todo, debe decirse que, en un sistema funcional, como es el sistema penal, no puede haber una antinomia entre eficacia y garantías. Si la legitimación del sistema, se cifra en la necesidad para prevenir delitos, si la determinación de lo que es injusto, la determinación de las personas, a quienes hacemos responsables, y las penas a imponer, se establecen de acuerdo a criterios de merecimiento y necesidad de pena desde la prevención, la propia eficacia de la prevención, continuará un criterio de valor rector para la intervención.

Esto nos coloca ante una difícil labor, la de intentar establecer hasta qué punto es posible utilizar las técnicas penales y procesales penales tradicionales para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad y, en donde no sean suficientes o adecuadas, hasta donde es posible innovarlas o renovarlas sin salirse del estado de derecho. Estamos ante una realidad que no se puede desconocer y es necesaria una solución, aunque la misma no pueda suponer que el estado rompa las reglas del respeto a las garantías del ciudadano.

## VI. JUSTIFICACIÓN DE LOS NUEVOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

La compleja criminalidad requiere de una dedicación exclusiva a la hora de afrontar, tanto la instrucción, como el enjuiciamiento de los asuntos “sub iudice”. Será suficiente pensar en cuán numerosas resultan con frecuencia las partes en estas causas y en la atención que precisan sus profusos escritos, llamados en el mejor de los casos a dilatar el devenir del proceso, cuando no perturbarlo en su totalidad. Hablar de procesos contra organizaciones delictivas, también supone imaginar una actividad probatoria<sup>21</sup> de gran envergadura necesaria para descubrir todo un entramado oculto, con posible dimensión internacional, de acciones delictivas, sujetos activos y operaciones patrimoniales ilícitas revestidas de apariencia de legalidad.

Al tratarse de una criminalidad con capacidad para intervenir y paralizar o suavizar el brazo que ha de combatirla, en la corrupción del aparato estatal que la persigue, en cualquier de los países en los que opera la organización o en los que tiene su base de operaciones,<sup>22</sup> pueden operar

---

<sup>21</sup> En el proceso penal, la prueba se ha de referir a todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, la que se denomina *prueba de cargo*; es verdad que la regulación de la prueba está referida preferentemente a la actuación de la acusación, puesto que se coloca frente al derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia, y eso introduce un importante condicionamiento de la prueba de cargo. Para obtener una sentencia condenatoria, la acusación debe probar cumplidamente los hechos constitutivos de la responsabilidad penal del acusado.

<sup>22</sup> Los negocios ilegales parecen funcionar con seguridad pagando a la policía, a los políticos y a jueces, permitiendo que éstos compartan los beneficios obtenidos. Si la evidencia de la conducta delictiva es clara, dicho

con gran capacidad de afectar al funcionamiento del sistema en general, desplegando sus actividades un efecto multiplicador negativo que incide sobre la paz social. Es, en estos casos, en los que únicamente podría justificarse el recurso a medios extraordinarios de investigación criminal, medios más agresivos para hacer frente a organizaciones que puedan poner en peligro la propia base del sistema democrático.<sup>23</sup>

Este problema no va a dejar de existir por el hecho de que se quiera ignorar o minimizar. Las amenazas existen y pueden ser en algunos casos realmente graves en su concreción, como ya se ha demostrado la historia reciente (y aún más en las posibilidades de hacer daño que tienen estas organizaciones, por ejemplo, el terrorismo que utilizase armas químicas o bacteriológicas o armas nucleares).

## VII. DEFINICIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

El *agente encubierto* se puede catalogar como un medio extraordinario de investigación de determinados delitos cuya comisión encuadra en la actividad de una organización criminal, que consiste en integrar o incorporar a la estructura de dicha organización que puedan conducir a su desmantelamiento o a lograr su inoperancia.<sup>24</sup>

La piedra angular de este medio de investigación reside en la existencia de un engaño, desde el momento en que la persona (el agente policial) encubierta usa una identidad supuesta, distinta de la suya propia, y que sirve para ocultar (y para evitar o dificultar lo máximo posible) que la organización criminal llegue a saber que el nuevo miembro

---

negocio será incapaz de amenazar increíblemente con sacar a la luz las exigencias corruptas. La tolerancia de la corrupción puede facilitar una espiral hacia abajo en que la mala conducta de algunos incita a más y más personas a entrar con el tiempo en la corrupción. Cfr. Rose Ackerman, Susan, *La corrupción de los gobiernos*, Madrid, Siglo veintiuno de España Editores, 2001. pp. 31-34.

<sup>23</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *op. cit.*, nota 5, p. 223.

<sup>24</sup> Se entiende por *agente encubierto* el miembro de la policía judicial que se infiltra en una organización criminal participando del entramado organizativo bajo identidad supuesta, para detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores. Cfr. Guzmán Fluja, Vicente C., *op. cit.*, nota 5, p. 215.



ANALES JURISPRUDENCIA  
TSJCDMX

*2023, Año de Francisco Villa,  
el revolucionario del pueblo.*