

683

CARPETA DE INVESTIGACIÓN: FED/SEIDF/UNAI-CDMX/0001015/2019.

LIC. ANTONIO DOMÍNGUEZ ZAVALA.
AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA
FEDERACIÓN, TITULAR DE LA AGENCIA DÉCIMA
PRIMERA INVESTIGADORA, DE LA UNIDAD
ESPECIALIZADA EN INVESTIGACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS Y
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA
FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
12/15
30 MAR 2020
SUBPROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN
INVESTIGACIÓN DE DELITOS FEDERALES
OFICIAJÍA DE PARTES

ANDREA ROVIRA DEL RÍO, defensora del señor RAFAEL ZAGA TAWIL en la carpeta de investigación que se indica al rubro, comparezco respetuosamente ante Usted, para exponer:

Hace exactamente cuarenta y seis días, mediante comparecencia de trece de febrero de dos mil veinte, esa Representación Social puso a la vista del señor RAFAEL ZAGA TAWIL y de esta defensa los registros que integran la carpeta de investigación señalada al rubro. Las copias de dichos documentos fueron proporcionadas días después a la suscrita, tras lo cual esta defensa se dio a la tarea de estudiar el asunto, incluyendo la supuesta ilicitud de los hechos denunciados.

Fue así como a partir del veintiséis de febrero de dos mil veinte, el licenciado EDUARDO AMERENA MINVIELLE y la suscrita presentamos una serie de promociones en las que solicitamos se determinara la carpeta de investigación a su cargo con una propuesta de no ejercicio de la acción penal al quedar demostrada: i) la inexistencia de dos elementos que integran la descripción típica del delito investigado; ii) al actualizarse una causa de extinción de la acción penal con motivo de la supresión del tipo; así como iii) la inconstitucionalidad del tipo penal al intentar remitir el elemento normativo "ilícito" a conductas establecidas en lineamientos generales y no en una norma general formal y materialmente legislativa.

Es importante insistir que los puntos señalados constituyen causas de exclusión del delito, las cuales deben estudiarse de oficio, atendiendo a lo dispuesto

por el artículo 17 del Código Penal Federal¹. Esto es así ya que desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, las causas de exclusión del delito constituyen el aspecto negativo del delito, de forma que cuando acontezca alguna de las hipótesis por virtud de las cuales la ley excluya una conducta humana considerada como típica, antijurídica y culpable, no es posible continuar con la actividad de investigación. Así fue establecido en el criterio con rubro y texto siguiente:

Época: Décima Época
 Registro: 2015188
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Tipo de Tesis: Aislada
 Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo III
 Materia(s): Común, Penal
 Tesis: XV.3o.10 P (10a.)
 Página: 1810

"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. PROCEDE SU ESTUDIO DE FONDO CUANDO EN ELLOS SE EXPRESA QUE LAS PRUEBAS DESAHOGADAS EN LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO EN QUE SE DISCUTE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO; DEMUESTRAN UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

Tratándose de las hipótesis en las que la ley sustantiva considere que se excluye el delito, es necesario que en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a petición de parte, el órgano del Estado respectivo (agente del Ministerio Público u órganos jurisdiccionales), emita un pronunciamiento. En efecto, desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal las causas de exclusión constituyen el aspecto negativo del delito, de forma que cuando acontezca alguna de las hipótesis por virtud de las cuales la ley excluya una conducta humana considerada como típica, antijurídica y culpable, no es dable continuar con la actividad de investigación o jurisdiccional, según sea el caso, ya que aun de existir, de cualquier manera esa conducta constituirá un acto jurídico irrelevante para el derecho penal, porque ante la actualización de alguna de esas hipótesis, no se justifica ejercer el ius puniendi, en la medida en que la facultad sancionadora del Estado queda abolida por la disposición legal que llegue a concretarse, dependiendo del caso concreto. De modo que, de darse alguna causa de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad, cesa el derecho del Estado para proseguir con la investigación, ya sea en la fase judicial o ministerial, pues la propia norma sustantiva establece que ante el acaecimiento de alguna de éstas, el delito se excluye, lo cual justifica que en cualquier parte del procedimiento debe analizarse y estudiarse cuando sea invocada o se descubra de oficio. Por lo que aun cuando para el dictado de un auto de vinculación a proceso, como requisitos de fondo, solamente se exige que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se adviertan

¹ "Artículo 17.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento."

datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, la norma sustantiva obliga a verificar que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito, ya que cuando se advierta una hipótesis por virtud de la cual se excluya, el Juez debe declararla de oficio en cualquier fase del procedimiento penal, lo que lógicamente incluye la audiencia inicial donde se discuta la vinculación a proceso. Por consiguiente, en el amparo indirecto no deben declararse inatendibles los conceptos de violación en los que se exprese que las pruebas desahogadas en esa audiencia del procedimiento penal acusatorio demuestran una causa de exclusión del delito, sino proceder a su examen de fondo." (Énfasis Añadido)

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 152/2017. 6 de julio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Manuel Villar Castillo. Secretario: Juan Manuel García Arreguín.

Esta tesis se publicó el viernes 29 de septiembre de 2017 a las 10:38 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

De acuerdo con la transcripción anterior así como del texto del artículo 17 del Código Penal Federal, de darse alguna causa de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad, cesa el derecho del Estado para proseguir con la investigación, ya sea en la fase judicial o ministerial, pues la propia norma sustantiva establece que ante el acaecimiento de alguna de éstas, el delito se excluye, lo cual justifica que en cualquier parte del procedimiento debe analizarse y estudiarse cuando sea invocada o se descubra de oficio. En caso de que se actualice una de estas hipótesis la actividad investigadora del Ministerio Público no será constitucional, sino que se reducirá a un acto de molestia hostigante e intimidatorio.

Asimismo, cuando el legislador establece que una figura procesal debe estudiarse de oficio, aquél le otorga a la misma un carácter preferente. Esto implica que dicha figura tiene que ser analizada por todas las autoridades que intervienen en el proceso previo a que existan afectaciones a la esfera jurídica de los imputados. Al respecto aplica, por identidad jurídica, la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con rubro y texto siguiente:

Época: Novena Época

Registro: 192973

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: **Jurisprudencia**

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, Noviembre de 1999

Materia(s): Penal Tesis: 1a./J. 62/99 Página: 316

"PRESCRIPCIÓN, EL JUEZ DE AMPARO DEBE ANALIZARLA CUANDO SE RECLAMA LA ORDEN DE APREHENSIÓN. POR SER FIGURA PROCESAL DE ORDEN PÚBLICO, SU ESTUDIO ES PREFERENTE Y OFICIOSO.

Al combatir el libramiento de una orden de aprehensión como acto reclamado en el juicio de garantías, el quejoso está compareciendo ante los órganos de la autoridad pública en relación con el mandamiento de captura que se está reclamando y siendo la prescripción una figura procesal de estudio preferente y oficioso, el Juez de Distrito tiene la obligación de analizar tanto la legalidad del acto reclamado como los aspectos de competencia, requisitos de procedibilidad, causas de extinción de la acción penal, etc., obligación que en tratándose del juicio de garantías en materia penal, es más amplia, dado que el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo previene la suplencia de la queja aun la total, en beneficio del reo, es decir, ante la ausencia de conceptos de violación, por lo que si la violación alegada en agravio del quejoso, consiste en no haber cumplido la autoridad responsable con la obligación de declarar de oficio y aun sin haberse hecho valer, la extinción de la acción penal por prescripción, ya que antes de emitir un mandamiento de captura el Juez responsable, debe percatarse si la acción penal se encuentra o no prescrita, en virtud de que, de darse el primer supuesto, si se libra la orden de aprehensión, el acto deviene inconstitucional y conforme lo dispone el artículo 78 de la Ley de Amparo, el acto debe analizarse tal y como aparezca probado ante la responsable, esto es, a no allegarse de más pruebas que le permitan conocer los hechos, que de aquellas que formen parte de la averiguación previa. Por otra parte, en relación al amparo directo, la propia ley de la materia, en su artículo 183, exige que el tribunal supla la deficiencia de la queja cuando estando prescrita la acción penal, el quejoso no la alegue; al existir la misma razón jurídica en el amparo indirecto, no hay obstáculo para realizar su estudio, sobre todo si lo alega el quejoso y las constancias en que se apoya el acto reclamado son aptas y suficientes para dicho examen." (Énfasis Añadido)

Contradicción de tesis 61/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 19 de mayo de 1999. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Germán Martínez Hernández.

Tesis de jurisprudencia 62/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

El criterio resulta igualmente aplicable ya que tanto la prescripción como las causas de exclusión del delito tienen un carácter preferente y oficioso que obliga a las autoridades a pronunciarse respecto de ellas previo a violentar la esfera jurídica de los gobernados. Aunado a ello, el Ministerio Público tiene la misma obligación que los jueces de distrito de pronunciarse respecto de estas figuras en

virtud de su carácter como representante de la sociedad y como institución de buena fe.

Ahora, tal como se argumentó en la primera de las promociones referidas², en el asunto que le ocupa investigar no se actualiza la existencia del sujeto activo calificado, ni la calificativa de los recursos como públicos; ambos elementos exigidos por el tipo penal previsto en los artículos 217, fracción I y el primero de ellos, en el establecido en el artículo 220, ambos del Código Penal Federal.

Lo anterior es así ya que en términos de la legislación aplicable, los ejecutivos del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores ("el INFONAVIT") no tienen el carácter de servidores públicos, ni las aportaciones obtenidas, administradas y ejercidas por dicha Institución tienen el carácter de recursos públicos.

Vale la pena señalar que en el acuerdo de dos de marzo de dos mil veinte así como en el que fue remitido a esta defensa el veinticuatro de marzo de dos mil veinte Usted señaló que al encontrarnos en la etapa de investigación inicial, esa Fiscalía General de la República no se encontraba obligada a darle una clasificación jurídica preliminar a los hechos denunciados; situación que supuestamente había sido reafirmada por la Juez de Control al resolver la impugnación 78/2018 cuando estableció que era necesario realizar una investigación más exhaustiva. Sin embargo, de una simple lectura de la transcripción realizada por Usted en el primer acuerdo se advierte que la juzgadora también asumió que los ejecutivos del INFONAVTI tienen el carácter de servidores públicos, tal como puede verse a continuación:

"[...] estimo en principio que de acuerdo a los antecedentes que han narrado y en los actos de investigación practicados, no existe la certeza de que el hecho o los hechos materia de la denuncia no constituyen propiamente un delito, es decir, el hecho de que determinados servidores del propio instituto hayan autorizado la celebración de los contratos en mención inclusive el propio Consejo de Administración en su momento, autoriza la aplicación de estos contratos, no evidencia que la celebración de ellos se apegue a los estatutos manuales o directrices, establecidos para el funcionamiento del propio instituto [...]"
(Énfasis Añadido)

Respecto de este punto, hay que recordar que los jueces de control únicamente conocen de los asuntos al momento y en la medida en que éstos les son narrados y explicados por las partes. La Juez de Control que conoció de la audiencia

² La cual fue presentada el veintiocho de febrero de dos mil veinte.

de veintinueve de enero de dos mil diecinueve no tuvo el tiempo ni los medios (como sí lo hemos tenido esa Fiscalía y esta defensa) de estudiar la naturaleza jurídica del INFONAVIT y de sus ejecutivos. Entonces, a pesar de haber sido una resolución emitida de buena fe, ésta se dictó dando por hecho ciertos supuestos jurídicos equivocados.

Por otro lado, dentro de las promociones presentadas por esta defensa³ quedó establecido que el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades previsto en el artículo 217, fracción II del Código Penal Federal que supuestamente se le atribuye a mi defendido quedó suprimido por falta de técnica legislativa una vez que entró en vigor la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de dos mil dieciséis. Lo anterior, ya que el delito accesorio previsto en la fracción II se volvió incompatible con el elemento normativo previsto en el delito principal establecido en la fracción I. Esto es así porque la configuración de los tipos exige que necesariamente exista un acuerdo previo; situación que no puede darse si al servidor público se le castiga por conductas que exigen un estándar de prueba mucho más alto que para el particular.

En relación con el tercer punto, debe recordarse que la pretensión de los denunciados por acreditar el elemento normativo "ilícito" requerido por los tipos penales previstos en los artículos 217, fracción I y 220 del Código Penal Federal mediante un reenvío a disposiciones internas de carácter administrativo es inconstitucional⁴. Esto es así ya que, en términos de la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ las "normas penales en blanco" deben remitir a otras que tengan el carácter de leyes en sentido formal y material, pues cuando sólo reenvían a otras normas que no tienen ese carácter -como los lineamientos-, ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.

Estas tres situaciones no variarán con ningún documento, entrevista o dato de prueba adicional que Usted pueda recabar, por más exhaustivo que pretenda ser.

³ Específicamente la presentada el dos de marzo de dos mil veinte.

⁴ Esto fue desarrollado en el escrito presentado el veintiséis de febrero de dos mil veinte.

⁵ Véase la jurisprudencia con rubro: "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL."

689

Finalmente, es preciso señalar que tanto de la denuncia, como de los demás registros de investigación que obran en la carpeta a su cargo ha quedado establecido que el INFONAVIT no se duele del pago que le realizó a TELRA REALTY, S.A.P.I. de C.V. en el año dos mil diecisiete. En ese sentido, entre el INFONAVIT y TELRA REALTY, S.A.P.I. de C.V. no existe acción, ni pretensión económica pendiente derivada de la relación jurídica que en su momento existió, **sino por el contrario, dos voluntades unánimes en el sentido de que el pago que se le realizó a TELRA REALTY, S.A.P.I. de C.V. fue legal y definitivo**.

Tan es así que, al día de hoy, el INFONAVIT no ha recibido los recursos exhibidos por los señores MAX y ANDRÉ EL-MANN ARAZI y éstos tuvieron que solicitar un criterio de oportunidad ante esa Autoridad Ministerial para justificar la entrega de los mismos.

En consecuencia y en virtud de que al día de hoy han transcurrido treinta y dos días sin que esa Autoridad Ministerial haya acordado la atipicidad de las conductas, la supresión del tipo penal o la inconstitucionalidad del delito por remitir a una norma que no es formalmente legislativa, **a pesar de que son circunstancias que no pueden variar con nuevos actos de investigación y que deben ser estudiadas de oficio**, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 117, fracción VIII del Código Nacional de Procedimientos Penales solicito de la manera más atenta emita a la brevedad un acuerdo en donde proponga el no ejercicio de la acción penal por los hechos denunciados.

Por lo expuesto y fundado,

A Usted AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, atentamente solicito:

PRIMERO: Tenerme por presentada en términos del presente escrito a través del cual realizo las manifestaciones previstas en el cuerpo del mismo.

⁶ Así se desprende del contrato de transacción de veintidós de agosto de dos mil diecisiete.

SEGUNDO: Emita un acuerdo en el que determine la presente indagatoria con una propuesta de no ejercicio de la acción penal.

ATENTAMENTE

A large black rectangular redaction box covering the signature area.

Ciudad de México, a treinta de marzo de dos mil veinte.